# ולעולם כל משפט

מהלכות אבידה, הפקר, נחלות, אפטרופוס, שומרים, נזיקין

# תוכן עניינים


סימן רסד ..... 3
סימן רעג ..... 19
סימן ערה ..... 35
סימן רעו ..... 58
סימן רעז ..... 68
סימן רעח ..... 81
סימן רעט ..... 101
סימן רפ ..... 109
סימן רצ ..... 119
סימן רצא ..... 151
סימן שא ..... 199
סימן שג ..... 210
סימן שו ..... 223
סימן שפו ..... 252
סימן שפז ..... 271
סימן שפח ..... 272
סימן שפט ..... 299
סימן שצ ..... 309
סימן שצא ..... 323
סימן שצב ..... 333
סימן שצג ..... 336
סימן שצד ..... 340
סימן תי ..... 346
סימן תיח ..... 375
סימן תיט ..... 387
סימן תכ ..... 393
סימן תכא ..... 420
סימן תכו ..... 435

# סימן רסד

## **סימן רסד- אבידתו קודמת לכל אדם אבידת רבו ואבידת אביו, של מי קודמת** ובו ח סעיפים:

## סעיף א

### אבדתו קודמת לאבידת כל אדם

**מבואר במשנה בב"מ לג.** שאם יש לאדם יכולת להציל את אבידת אביו, רבו או את אבידתו, אבידתו קודמת לכולם.
**הגמרא מביאה** שדין זה נלמד מן הפסוק 'אפס כי לא יהיה בך אביון' כלומר, שעל האדם לדאוג קודם כול לכך שהוא לא יהיה אביון.
**ומכל מקום אמר רב יהודה בשם רב:** כל המקיים בעצמו כך - סוף בא לידי כך. כלומר שאם האדם מדקדק בכך ומציל רק את אבדתו סוף בא לידי עניות וביאר רש"י: 'שיש לאדם להיכנס לפנים משורת הדין ולא לדקדק ששלו קודם אם לא בהפסד מוכח, ואם תמיד מדקדק פורק מעליו עול גמילות חסדים וצדקה, וסוף יצטרך לבריות'.
לשון השו"ע:

**מי שאבדה לו אבידה, ופגע באבידתו ובאבידת חבירו, אם יכול לחזור את שתיהן חייב להחזירם; ואם לא, יחזיר את שלו, שאבידתו קודמת אפילו לאבידת אביו ורבו, כדדרשינן מאפס לא יהיה בך אביון (דברים טו, ד). ואף על פי כן יש לו לאדם ליכנס לפנים משורת הדין ולא לדקדק ולומר: שלי קודם, אם לא בהפסד מוכח. ואם תמיד מדקדק, פורק ממנו עול גמילות חסדים וסוף שיצטרך לבריות.**

## סעיף ב

### אבידת אביו ואבידת רבו, מי קודם?

לשון המשנה בב"מ לג.

אבדת אביו ואבדת רבו - של רבו קודמת, שאביו הביאו לעולם הזה ורבו שלמדו חכמה מביאו לחיי העולם הבא. ואם אביו חכם - של אביו קודמת.

**כלומר,** מבואר שיש להקדים להציל את אבידתו של רבו, קודם אבידת אביו, ומכול מקום קובעת המשנה שאם גם אביו חכם, אבידתו של אביו קודמת.

### מהי הגדרת רבו?

הגמרא מביאה ברייתא העוסקת בהגדרת הרב הקודם לאביו

**תנו רבנן:** רבו שאמרו - רבו שלמדו חכמה, ולא רבו שלמדו מקרא ומשנה, **דברי רבי מאיר.**

**רבי יהודה אומר:** כל שרוב חכמתו הימנו.

**רבי יוסי אומר:** אפילו לא האיר עיניו אלא במשנה אחת - זה הוא רבו...

**אמר עולא:** תלמידי חכמים שבבבל עומדין זה מפני זה, וקורעין זה על זה. ולענין אבדה במקום אביו - אינן חוזרין אלא לרבו מובהק...

**איתמר, רב יצחק בר יוסף אמר רבי יוחנן:** הלכה כרבי יהודה,

**רב אחא בר רב הונא אמר רב ששת:** הלכה כרבי יוסי.

ומי אמר רבי יוחנן הכי? והאמר רבי יוחנן: הלכה כסתם משנה, ותנן: רבו שלמדו חכמה! - מאי חכמה - רוב חכמתו

**כלומר,** מצינו מחלוקת בהגדרת הרב עליו נאמר שקודם לרבו ולהלכה הסיק ר' יוחנן כדעת ר' יהודה שזה מי שלימד אותו את רוב חכמתו, **וכן פסק השו"ע..**

### כמה חכם צריך להיות האב בכדי שיקדום לרב?

**לפי הגרסא שלפנינו,** המשנה לא קובעת את סדר הגודל של חכמת האבא המצדיקה את קדימתו לרב, ומשמע בפשטות שדי שיהיה חכם.
**אמנם הרי"ף גרס** 'אם היה אביו שקול כנגד רבו אבדת אביו קודמת', ומשמע שכול עוד הרב גדול יותר, אין להקדים את האב על אף שאף הוא חכם.

**ברמב"ם יש סתירה בעניין זה:**
**בהלכות גזילה ואבידה**[1] **פסק** כגרסת הרי"ף שרק אם חכמת האב שקולה לרב, יש להקדימו.
**אמנם בהלכות תלמוד תורה**[2] **כתב** במפורש שאם היה אביו תלמיד חכם אף על פי שאינו שקול כנגד רבו, יש להקדימו לרב.
**ההגהות מימוניות והכסף משנה** כתבו שיש טעות סופר בהלכות תלמוד תורה, והעיקר כדעת הרי"ף שרק אם הוא שקול לרב יש להקדימו.
**אמנם בתחילה כתב הכסף משנה שנשאל אחד מבני בניו של הרמב"ם על סתירה זו והשיב** שבהלכות תלמוד תורה דיבר הרמב"ם ברב שאינו רבו המובהק, ובזה די להאב להיות חכם בכדי להקדימו, ואילו בהלכות גזילה ואבידה דיבר הרב ברבו המובהק, ובזה אין להקדים את האב עד שיהיה שקול כנגדו.
**הכסף משנה השיג על פירוש זה וכתב** שלא מצינו לא במשנה ולא בגמרא שיהא לרבו שאינו מובהק שום קדימה על אביו.
**הלחם משנה תירץ** שבהלכות תלמוד תורה דיבר הרמב"ם במציאות שניתן להציל את שניהם והשאלה במה לטפל קודם, ובזה די שיהיה האב ת"ח בכדי להקדימו, על אף שאינו שקול, ואילו בהלכות גזילה ואבידה דיבר הרמב"ם במציאות שניתן להציל רק אבידה אחת, ובזה כל שאין האב שקול כנגד רבו, יש להקדים את רבו.

## האם רב שהושכר על ידי האב קודם לאב?

**כתב הד"מ (א) בשם ספר חסידים**[3]שכל מה שנאמר שרב קודם לאב לעניין מציאה, זה דווקא ברב שמלמדו חינם אבל אם אביו הוצרך לשכר, אביו קודם, משום שהרב נחשב כפועל. **הרמ"א פסק כדבריו ביורה דיעה סימן רמב סעיף לד**.
לשון השו"ע:

**פגע באבידת אביו ובאבידת רבו, אם היה אביו שקול כנגד רבו, של אביו קודמת; ואם לאו, של רבו קודמת, והוא שיהיה רבו מובהק, שרוב חכמתו של תורה למד ממנו.** (ועיין ביו"ד סימן רמ"ב סל"ד).

# סעיף ג

## הניח אבידתו והציל אבידת חבירו, כמה חייב חבירו לשלם לו?

לשון המשנה בב"ק קטו.-:
**מתני'**. זה בא בחביתו של יין וזה בא בכדו של דבש, נסדקה חבית של דבש, ושפך זה את יינו והציל את הדבש לתוכו - אין לו אלא שכרו; ואם אמר אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי - חייב ליתן לו. שטף נחל חמורו וחמור חבירו, שלו יפה מנה ושל חבירו מאתים, והניח זה את שלו והציל את של חבירו - אין לו אלא שכרו; ואם אמר לו אני אציל את שלך ואתה נותן לי את שלי - חייב ליתן לו.
**המשנה אומרת** שאם הציל אדם את דבש חבירו, על ידי שפיכת יינו שלו והצלת הדבש בחביתו, אינו יכול לדרוש את דמי יינו אלא את שכרו בלבד, וביאר רש"י שזהו שכר השימוש בכלי שלו ושכר פעולתו.
אמנם אם אמר לחברו שהוא מציל לו את הדבש, אך התנה שחבירו ישלם לו על דמי היין, חייב לתת לו דמי היין. המשנה קובעת דין זה אף לגבי ב' חמורים שנפלו לנהר, והניח אדם את חמורו שלו והציל את של חבירו(שהיה יקר יותר).

## ירד להציל חמור חבירו והתנה שישלם לו על חמורו שלו, ועלה חמור המציל מאליו

**הגמרא בדף קטז. מסתפקת בשאלה** מה הדין במציאות שהתנה המציל עם חברו שהוא יציל לו את חמורו ובתמורה ישלם בעל החמור הניצל למציל את הפסד חמורו, ולבסוף עלה חמור המציל מאליו.
**והסיקה הגמ'** שעדיין חייב חבירו לשלם לו את דמי החמור, והמציל הרוויח הואיל ומן השמים רחמו עליו.

---

[1] פרק יב הלכה ב
[2] פרק ה הלכה א
[3] תקפה.

**הגמרא דימתה זאת לסיפורו של רב ספרא** שהיה הולך בשיירא בה היה אריה, וכל אחד מהשיירא היה נותן בתורו חמור לאריה שיאכלוהו, וכשהגיע תורו של רב ספרא, הביא לו את החמור, והחמור לא אכל, וחזר רב ספרא וזכה בחמור.

**וביאר הנמוק"י**[4] שדִמויה של הגמרא היא,שכשם שאיננו אומרים במקרה של רב ספרא שיתחלקו כל בני השיירא בחמורו של רב ספרא, כשם שהם נתנו חמוריהם, אלא אנו אומרים שמן השמים רחמו על רב יוסף, כך אנו אומרים שחייב לשלם למציל חמורו את דמי חמור המציל, אע"פ שהוא ניצל , הואיל ומן השמים רחמו עליו.

**הגמרא מבארת** שרב יוסף לא היה צריך מן הדין לזכות בחמור מחדש, הואיל והוא לא הפקירו אלא לצורך האריה ולא לאנשים אחרים.

**הנמוק"י כתב** שנראה שבזה אינו דומה דינו של רב ספרא למציל חמור, ובמקרה שהציל את חמורו במקום את שלו, ודאי נעשה חמורו הפקר, ויכול אחר לזכות בו קודם שיזכה המציל, וציין שכך מבואר בפרק אלו מציאות (כתב ר' דניאל ווסטברוק שכנראה שכוונתו לדין שלוליתו של נהר שם מבואר שהיא אבודה ממנו ומכל אדם). **וכן פסק הרמ"א.**

**הש"ך (ג) ציין לספר אגודת אזוב** ולא פירט.

**ושם תמה האגודת אזוב על פסק הרמ"א** (נראה שלא ראה שמקורובנמוק"י) וכתב שאינו מבין במה שונה דין זה לדינו של רב ספרא, וגם כאן שייכת הסברא, שלא הפקיר את החמור אלא לנהר ולא לאדם אחר, עוד כתב שמבואר שסברת 'מן השמים רחמו' פירושה שהדבר עדיין שייך לו ולא יצא מרשותו.

**אך לבסוף כתב האגודת אזוב** שיש ליישב את פסק הרמ"א ולומר שדווקא במציאות שברור שנעשה נס דווקא לו, אנו אומרים שמן השמים רחמו דווקא עליו, ולא הופקר, אבל במציאות של החמור, יתכן שגם החמור השני היה עולה מאליו אם לא היה מצילו.

**הנתיבות (ב) הביא את תחלת דברי האגודת האזוב** שהשיג על הרמ"א וסבר שאף במקרה שעלה החמור מאליו, לא יכול אחר לזכות בו.

**הנתיבות הצדיק את דברי האגודת אזוב**, וכתב שלפי מה שכתב בסימן רסב ס"ק ג מבואר שיאוש אינו מוציא מידי בעלים עד שיזכה בו אחר, ואם כלה היאוש קודם שבא ליד הזוכה, הוא אינו צריך לחזור ולזכות בו, וכיון שראהו תיכף זכה בו, וא"כ ברור שלאחר שנסתלק היאוש, שוב לא יכול אחר לזכות בו.

**וכתב הנתיבות** שיתכן שאף הנמוק"י לא התכוון שניתן לזכות לאחר שכלה היאוש, והתכוון שאם זכה אדם בדבר קודם היאוש, זכה בו[5].

**על פי יסוד זה יישב הנתיבות בסימן רסב את קושית תוס'** מדוע במקרה של רב ספרא, אנו אומרים שהחמור לא הופקר בעוד במציל מן הארי, הדין הוא שזכה המציל, ומדוע איננו אומרים שלא הפקיר בעל החמור את החמור אלא לארי ולא לאדם אחר, (שם תירצו תוספות שיש חילוק בין אריה שבא לטרוף, לבין המציאות של רב ספרא שהיה האריה מלווה אותם לשמור בהמותיהם מחיות וליסטים, והם האכילוהו, ויתכן שבאותו הזמן לא יהיה רעב, עי"ש) .

**ותירץ הנתיבות** לפי שיטתו שבמקרה של מציל מן הארי, זוכה המציל בחמור בשעת היאוש, ואילו במקרה שלנו מדובר לאחר שכבר כלה היאוש[אמנם עי"ש שביאר בהפקרה גמורה, יצא החפץ ממנו לגמרי אף קודם שיקנה חבירו, ולכן במקרה של רב ספרא שנתן האריה מדעתו, צריך גם את סברת תוס' שאין זו הפקרה גמורה][6].

## כיצד מתנה המציל שישלם לו חבירו על הזיקו שלו?

**במשנה בב"מ בדף ל: נאמר** לגבי מוצא מציאה שאם היה בטל מסלע, אינו יכול לדרוש מהמאבד סלע אלא שכר עובד בטל, אך יכול להתנות בפני בית דין שיתן לו סלע.

**הרמב"ם**[7] **למד מכאן** אף למציאות שאדם הולך להציל ממון חבירו שיכול להתנות בפני בי"ד שיקבל את ההפסד של ממונו.

---

[4] ב"ק מב: ד"ה 'לרווחא'.

[5] לכאורה לא ניתן לומר כן, שלפי זה אין כלל חילוק בין המקרה שעלה החמור, למקרה של רב ספרא, שהרי לשיטת הנתיבות אף במקרה של רב ספרא, ניתן לזכות בשעת היאוש, והנמוק"י במפורש חילק בינהם ודוק.

[6] ושמעתי מר' איתן וגנר אפשרות נוספת בהבנת הגמ', והיא, שבאמת הגמרא דימתה באופן מלא בין המקרה של רב ספרא למקרה ש'עלה חמורו מאליו', אך מאידך ההבנה ב'עלה חמורו' היא שהסיבה שחייב בעל החמור הניצל לשלם, היא משום שחמורו של המציל אכן הופקר והוא זכה בו מחדש (כפי שמבואר ברש"י שזהו הספק- האם חמורו הופקר או לא), ואין להקשות א"כ מה הדימוי מהמקרה של רב ספרא, והרי שם הגמ' קבעה כי חמורו של רב ספרא לא הופקר כלל, משום שיש לומר שהדימוי של הגמרא הינה מן הסיפור עצמו, שם מבואר שרב ספרא רץ לזכות בחמור, ומשמע שהוא אכן הופקר, ואף שהסיקה הגמ' כי במקרה של רב ספרא לא הופקר החמור משום ששם זה מציאות מיוחדת שאדעתא דהכי לא הופקרה, מכול מקום היה פשוט לגמרא שמסקנה זו אינה רלוונטית לגבי 'עלה חמור' מפני שדווקא במקרה של רב ספרא ההפקרה אינה גמורה משום שזה היה ארי שלווה אותם ויתכן שלא יהיה רעב כדברי תוס', וממילא נותרה הגמ' בהוכחתה מעצם מעשהו של רב ספרא, שלולא המציאות המיוחדת, היה פשוט שחמורו הופקר, והוא הדין בנדון של 'עלה חמור מאליו', וא"כ פשוט שמחוייב בעל החמור הניצל לשלם לו, שהרי חמורו הפקיר חמורו לחלוטין, אלא שזכה בו שוב.

[7] גזילה יב, ג.

## הציל דבש חבירו ע"י הפסד יינו, כשלא היה בעל הדבש, כמה חייב בעל הדבש לשלם?

**התוספותבב"מ בדף לא**: הקשו מדוע במקרה של מוצא מציאה אנו משלמים שכרו כפועל בטל, ומחשבים גם את הפסד העבודה שיכל לעבוד [אמנם מקזזים משכרו את מיעוט הטרחה שהרוויח בטיפול במציאה] ואילו במקרה של מציל חמור חבירו איננו מתחשבים בהפסד חמורו ומשלמים לו רק שכר פעולתו.
**ותירצו תוס'** שבמציאות של מציל חמורו, יכול בעל החמור לטעון שהוא יכל להציל בעצמו ע"י הדחק שהרי ללא זה בלאו הכי יכול המציל לטעון שזוכה מן ההפקר (עיין לקמן סעיף ה), עוד תירצו שכיון שבעל החמור שם, יכול לומר הייתי שוכר פועלים להצילו.
ומשמע שבמידה ואינו שם, לא שיכים טעמים אלו, ומחוייב לשלם לו את הפסד יינו.**וכן כתבו במפורש הנמוק"י**[8] **בשם הר"ן והמרדכי**[9]**, וכן כתב הטור.**
**אמנם יש לציין שהנמוק"י בב"ק מב. אינו מחלק** בין מציאות שהניזק נמצא בפנינו למציאות שאינו נמצא. **שם מתרץ הנמוק"י בשם הרמב"ן את הקושיא באופן אחר**, והוא, שדווקא במציאות של אבידה, תקנו חז"ל שיקבל שכר פועל, הואיל וזהו הפסד מצוי, מה שאין כן במציאות של הצלת חמור שאינו מצוי.
**אף הרמב"ן**[10] **סבר** שאין לחלק בינמציאות שהניזק נמצא בפנינו למציאות שאינו נמצא, והביא ב' חילוקים נוספים בין דין אבידה לשאר דברים:

א. באבידה מחוייב להציל, וממילא חייב לשלם לו שכר, מה שאין כן במקום שמפסיד ממון שלו, שאינו מחוייב להציל ממון חבירו, ואם הציל הפסיד.
ב. תשלום על שכר הפעולה, הינו ממון שהגיע לידו של הנהנה ממנו ומחוייב לשלם עליו, מה שאין כן על הפסד חיצוני, שלא הגיע לידו ואינו מחוייב לשלם עליו.

**אף הרמב"ם לא חילק בעניין זה.**
**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם.**
**הרמ"א הוסיף כדברי הטור** שבמידה ובעל החמור שהוצל אינו כאן, מחוייב לשלם לו[11].

## מתי מועילה התנאת בי"ד שהרי כשאינו נמצא לפניו, אינו צריך להתנות כלל?

**הבאנו לעיל שפסק הרמ"א בעקבות הטור** (בעקבות תוס') שאם בעל הממון לא נמצא בשעת ההיזק, אז מקבל המציל את ההפסד אף אם לא התנה, ורק אם היה שם, צריך להתנות בפניו או בפני בי"ד.
**האחרונים התקשו בדברי הטור,** שלכאורה לפי דבריו לא מובן מדוע יש צורך להתניית בית דין והרי במידה והבעלים נמצאים יש לשאול אותם וכשאינם נמצאים, זה מועיל אף ללא התנאה.
**הסמ"ע כתב** (ח) שאפשר להתנות בפני ב"ד גם אם הבעלים נמצאים.
**הט"ז השיג על דבריו** שוודאי במציאות זו יש לשאול את הבעלים ולא לקבוע במקומם.
**ולכן כתב הט"ז** שגם אם בעל החפץ אינו נמצא, וב"ד נמצא, מחוייב להתנות בפני בי"ד ורק כשאין בי"ד, משלמים לו אף אם לא התנה.
**הנתיבות בחידושים (ד) כתב** שנראה שמדובר כשהבעלים נמצאים ועומדים מרחוק, וחידש הטור שאין צורך לרוץ אל הבעלים אלא מספיק ליטול רשות מב"ד העומדים בקרוב.
לשון השו"ע:

**הניח אבידתו והחזיר אבידת חבירו, אין לו אלא שכר הראוי לו.**
**כיצד? שטף נהר חמורו וחמור חבירו, שלו שוה מנה ושל חבירו ק"ק, הניח שלו והציל של חבירו, אין לו אלא שכר הראוי לו. ואם אמר לו: אציל את שלך ואתה נותן דמי שלי, או שהתנה כן בפני בית דין, חייב ליתן לו דמי שלו, ואף על פי שעלה חמורו מאיליו זכה במה שהתנה עמו.**

---

[8] ב"מ טז: ד"ה ישלו קודם'.
[9] ב"מ סימן תכז.
[10] ב"מ ל:
[11] **הסמ"ע (ז) הביא ב' טעמים** מדוע אינו מחוייב לשלם לו בעל החמור במידה והוא שם:
בטעם השני כתב כטעמו השני של תוס' שהוא מפני שיכל בעל החמור לשכור פועלים יותר בזול.
אך בטעם הראשון כתב, שהיות ולא התנה עם בעל החמור, משמע שמחל על הפסדו.
**הנתיבות (ד) השיג על טעם זה** ממה שיבאר בסעיף ד שלעולם חייב לשלם לחבירו כל הוצאותיו במידה ונתן לו הנאה, ואיננו מניחים שמחל המציל על ההוצאה, ולכן כתב שהטעם הנכון הוא כדברי תוס' שיכל בעל החמור לומר שהיה שוכר אנשים בזול.
**עוד ביאר הסמ"ע** שהסיבה שבמציאות שבעל החמור אינו נמצא, מחויב לשלם כל דמי חמורו, ואיננו מדמים זאת לאבידה שנוטל שכר פועל בטל, משום ששם הוקל לו בטרחת השבת האבידה ולכן מורידים משכרו, ואילו כאן הניח טרחת הצלת אבידתו טרח בהצלת אבידת חבירו שזוהי אותה טרחה].

הגה: מיהו הוא הפקר, וכל הקודם בו זכה (נ״י פרק הגוזל בתרא). ואם אין הבעלים שם אף על פי שלא התנה כאילו התנה דמי (טור). ועיין לקמן סימן רס״ה:

## סעיף ז

### ירד להציל ולא הציל

לשון הגמרא בב״ק קטז.-:

**בעא מיניה רב מרבי:** ירד להציל ולא הציל, מהו? אמר לו: וזו שאילה, אין לו אלא שכרו.

**איתיביה:** השוכר את הפועל להביא כרוב ודורמסקנין לחולה, והלך ומצאו שמת או שהבריא - נותן לו שכרו משלם!

**א"ל: מי דמיז?** התם עביד שליח שליחותיה, הכא לא עביד שליח שליחותיה.

**רב שאל את רבי** מה הדין במקרה שירד אדם להציל את חמור חבירו שנשטף בנהר, והתנה עמו שישלם לו על חמורו שלו שישטף בנהר, ולבסוף לא הצליח להצליח אף את חמור חבירו, האם חייב חבירו לשלם לו על חמורו שאבד.

**השיב לו רבי,** שאינו מחוייב לשלם לו, אלא על פעולתו בלבד.

**הגמרא מתקשה במה זה שונה מהמבואר בברייתא** שאם שכר אדם פועל להביא אוכל לחולה והלך ומצאו שמת, שנותן לו שכרו משלם.(כתב ר׳ דניאל: ׳התוס׳ פירשו ששכרו אותו ביותר ממה שהיה ראוי לשוכרו, אלא שיש לו הפסד במקום אחר כיו״ב. ולולא דבריהם היה אפשר לפרש ש׳שכרו משלם׳ ר״ל רק שמקבל שכר הראוי לו, אף שבסוף לא היה צורך למה שעשה).

**הגמרא מתרצת** ששם זה שונה הואיל והשליח עשה שליחותו, והביא את הכרוב, מה שאין בן במקרה שלנו שלא מילא שליחותו כלל.

**על פי זה פסק השו״ע:** ירד להציל ולא הציל, אין לו אלא שכרו הראוי לו.

### מה הדין במקרה שירד להציל ולא הציל, וגם לא התנה מראש שישלם לו?

**הבאנו לעיל שנפסק בשו״ע מכוח דברי הגמ׳** שאף במקרה שהמציל התנה שחבירו ישלם לו על הפסד חמורו, אינו חייב לשלם לו במידה ולא הציל, ומשלם לו רק את שכר פעולתו.

**נשאלת השאלה מה הדין במקרה** שירד להציל ולא התנה כלל (שבזה בד״כ משלם לו רק שכר פעולתו) וגם לא הצליח להציל, שבזה בד״כ הדין שישלם לו שכר פעולתו:

**הרמ״א פסק לכאורה בעקבות דברי המהר״ם מפאדובה**[12] שכל שלא התנה שישלם לו שכר חמורו אינו משלם לו כלום[13].

**הסמ״ע (יא) ביאר בטעם הדבר** שלעולם יש להורידו ׳חד דרגא׳ הואיל ולא הועיל לו כלום, ולכן היות ובד״כ כשאינו מתנה, מקבל רק שכר פועלו, במקרה שלא העלה חמורו, אינו מקבל כלום.

**ונחלקו פרשני הרמ״א מה צריך להתנות:**

**דעת הלבוש** שצריך שיתנה במפורש שיקבל שכרו גם אם לא יציל.

**הסמ״ע (יא) השיג על דבריו וכתב** שדי בכך שיתנה שישלם לו דמי חמורו שהפסיד.

**וכתב הסמ״ע** שאם היה תנאי מפורש שישלם גם במידה ויציל, זה היה מועיל אף לשלם את דמי החמור שהפסיד ולא רק את שכר פעולתו.

**הנתיבות (ג) התקשה בדברי הסמ״ע** במה שכתב שמועיל התנאי על כך שישלם לו חמור במידה ויציל, ואין זה מובן, שהרי סוף כל סוף לא הציל ואין שום משמעות לתנאו.

**וביאר הנתיבות** שבאמת מעיקר דינו של המציל הוא להחשב כיורד לשדה חבירו שלא ברשות ולקבל שכר רק על ההנאה, והיות ולא גרם לא הנאה, לא היה לו לקבל כלום. אך במקרה שסיכם עמו שישלם לו דמי חמורו, גילה בעל החמור שהיה בלאו הכי שוכר פועל אחר, וא״כ המציל סיפק לו הנאה בכך שהוא עשה כן במקומו, וצריך לשלם לו כדי שכרו בשביל אותו הריוח.

---

[12] סימן פג.

[13] **המהר״ם מפאדובה דן במציאות** בו שני אנשים נשבו במאסר ובא איש אחד ועמד להציל השבויים והשיג כתב מאת המלך, והוציא על כך הון רב, ובטרם הגיע הכתב לשבויים יצא ראובן מתחת ידם לחרות בעזרת אל יתברך ובחכמתו, ושמעון נשאר במשמר ונאסר לבדו, וברור הוא כי לא נתרבה ההוצאה בעבור ראובן, ונשאלה השאלה האם שמעון מחוייב לשלם לבדו, או שגם ראובן צריך להשתתף בהוצאות.

**וכתב המהר״ם מפאדובה** שמציאות זה נחשבת כמציאות שטרח אדם להציל ולבסוף לא הצילו (ולקמן נתייחס לזה) ועל אף שנפסק שגם במציאות שלא הצליח להציל, מחוייב מכול מקום חבירו לשלם לו דמי פעולתו, זה דווקא במציאות שהתנה שישלם לו, אך במציאות שלא התנה עמו כלל, אינו מחוייב לשלם לו אפילו שכר פעולתו, מפני שדווקא במציאות של חמור מחוייב לשלם לו שכר פעולתו שמכול מקום היה צריך לשכור אחר שהרי לא ידע שלא יעלה החמור, אך כאן לא היה שוכר כלל.

כלומר מדברי המהר״ם מפאדובה עולה לכאורה שלא כדברי הרמ״א ושדעתו, אף אם לא התנה, מחוייב לשלם לו שכר פעולתו, עיין בזה ודוק, עוד עיין בדברי הרמב״ן ב״מ דף עז.

## ירד להציל ולא הציל, ולא התנה עם בעל החמור, ובעל החמור לא היה לפניו

**הבאנו לעיל שפסק הרמ"א** שאם עלה להציל ולא הציל, וגם לא התנה עם בעל החמור, אינו מחוייב לשלם כלום.
**אך כתב הסמ"ע (ב) שנראה** שאם ירד להציל במקום שלא היה הבעלים שם, דינו כמי שהתנה כמבואר ברמ"א בסעיף ג, ולכן מחוייב לשלם לו דמי שכירותו כאילו התנה.

## התחייב לשלם לאדם שישתדל בעדו, ולא הצליחה שתדלנותו

**החוות יאיר**[14] **פסק** שאם התחייב אדם לשלם לאדם שישתדל בעדו ולא התנה זאת בשום דבר, מחוייב לשלם כל שכרו שהבטיח לו אף כשלא עלה בידו.
אך אם אמר לו 'לכשתגמור הדבר', ולא עלתה בידו אינו מקבל אפילו הוצאות.

## [טענות כנגד שתדלן שהועילה שתדלנותו, אך טוענים שפיזר יותר מדי מעות וכדו'

**עוד פסק החוות יאיר**[15] בדבר שתדלן שהלך בשליחות בני העיר להשתדל בעדם בעבור דבר מסוים וקצבו לו שכר, ועלתה שתדלנותו, שמחוייבים לשלם לו, ואינם יכולים להתחמק בטענות כגון שהיה לו לבקש בתחלה מהמלך סכום נמוך יותר, או שהוציא יותר מדי הוצאות על כך, ושהוא עצמו נהנה מהוצאות הקהל שע"י כך נתקרב למלך, והאריך להוכיח שדבריהם עלילות דברים\ וראוי לגעור בהם שעל ידי כך ינעלו דלתי השתדלנים.]

## ירד להציל חמור חבירו ולבסוף עלה החמור מאליו, כמה צריך לשלם בעל החמור?

**המהר"ם מפאדובה בסימן פג דן במציאות** בו שני אנשים נשבו במאסר ובא איש אחד ועמד להציל את השבויים והשיג כתב מאת המלך, והוציא על כך הון רב, ובטרם הגיע הכתב לשבויים יצא ראובן מתחת ידם לחרות בעזרת אל יתברך ובחכמתו, ושמעון נשאר במשמר ונאסר לבדו, וברור הוא כי לא נתרבה ההוצאה בעבור ראובן, ונשאלה השאלה האם שמעון מחוייב לשלם לבדו, או שגם ראובן צריך להשתתף בהוצאות[16].
**ופסק המהר"ם מפאדובה** שהאיש שניצל מאליו, אינו מחוייב את הפסד חמור המציל, למציל, הואיל וסוף כל סוף, המציל הוא לא זה שהצילו[17].
**המהר"ם ביארשלכאורה דיון זה הינה מחלוקת ראשונים המופיע בנמוק"י בב"מ דף מז.** שם דנו הראשונים בסתירה המצויה לכאורה בין ב' גמרות:
**בגמרא בב"מ דף עז. מסופר על אדם** ששכר פועלים לשם השקיית שדהו. בסופו של דבר לא ביצעו הפועלים מלאכתם, היות שירד גשסולא היה צורך בהשקייה נוספת.
**ופסק רבא** שאם לא היה צורך בהשקייה מחמת גשם שירד, פטור המעביד מלשלם שכרם של אותם פועלים. אך אם נבע הדבר מעליית מפלס מי הנהר, על בעל השדה לשלם לפועלים, אלא שעליו לשלם שכר מופחת כפועל בטל , ובסימן שלד יבואר זאת משום שהיה עליו לצפות זאת ע"ש.
**מגמרא זו עולה** כי במידה והפועל לא עשה מלאכתו, והיא נעשתה מאליה, בעל הבית אינו מחוייב לשלם לו (מלבד במקרה שעלה הנהר שלדעת רש"י הוא היה אשם שהיה לו לצפות ולא הודיעו על כך, ובסימן שלד נתייחס בע"ה לפרשנויות נוספות בזה).
**אמנם בגמרא בגיטין דף עד: מסופר על אדם** שאמר לאריסו, שהיות וכל העולם נוהגים להשקות השדות שלוש פעמים בשנה, כאשר שיעור חלקו המקובל של אריס הוא רבע מהתבואה, אם ישקה האריס ארבע פעמים בשנה, יזכה לשליש מהתבואה. בסופו של דבר לא היה צורך בהשקיה, הואיל וירד גשם.
**שם נחלקו האמוראים**, אם מחוייב בעל הבית לשלם לאריס את שכרו למרות שלא השקה.
**הראשונים פסקו כדעת רבה** שמחוייב לשלם משום שמזלו הוא שגרם לו שלא נאלץ לטרוח בטרחה נוספת.
**לכאורה ב' גמרות אלו סותרות זו את זו:**

---

[14] סימן קנד.
[15] סימן רו.
[16] הד"מ (ה) הביא את הסיפור באופן קצת שונה, והוא שאחד מהשובים, הוא זה שפעל למען שחרורם, אמנם ברמ"א ניתן להבינו כפשט דברי התשובה המופיע במהר"ם מפאדובה, ע"ש.
[17] ועיין בהערה הקודמת שם הבאנו שסבר שאינו חייב לשלם לו אף דמי פעולתו, הואיל ולא התנה עמו מראש, וכתב שאינו דומה למקרה של מציל חמור, ששם סוף כל סוף הנהו שלא ישכור אחר, ועיין לעיל שהרמ"א פסק כן אף לגבי מציל חמור.

**הנמוק"י שם**[18] **מביא שדעת הרמב"ן**[19] **בעקבות הרי"ף היא**, שלעולם אין לשלם לפועל במידה ולא עשה פעולתו, אף אם נעשתה מאליה, (אלא אם כן פשע בכך כמבואר לעיל), ואריס הינו דין מיוחד, משום שהוא כמי שיש לו חלק בקרקע וכשותף, ולכן אף הוא מרוויח מירידת הגשמים.
**לעומת זאת הראב"ד סבר,** שיש לחלק בין מציאות שכבר התחיל הפועל במלאכתו שבזה מחוייב בעל הבית לשלם לו, לבין מציאות שעוד לא התחיל.
**הרמב"ן הביא ראיה כנגד דברי הראב"ד** מסוגייתנו שם מבואר שאם ירד להציל ולא הציל, אין לו אלא שכרו, ולא מקבל את כל שכרו, והוסיף שם הרמב"ן שנראה שהוא הדין במציאות שניצל החמור מאליו.
**עוד הביא הרמב"ן כראיה לדבריו את המבואר בירושלמי**[20]**:** 'תני הניח שלו להציל של חבירו ועלה של חבירו מאיליו אין נזקק לו כלום'
**המהר"ם מפאדובה האריך להוכיח בתשובתו שהעיקר כדעת הרמב"ן.**
**אך הוסיף המהר"ם** שאף החולקים על הרמב"ן יודו במציאות שבה הוא עסק, שהשבוי שניצל מעצמו אינו מחוייב לשלם כלום, משום שהמציל לא הוסיף תוספת טרחה בעבור שחרורו של האחד יותר מהשני, ואף אם היה רק שבוי אחד, היה טורח את אותה הטרחה.
**וכתב המהר"ם** שלכן אינו מחוייב לשלם אלא כפי שכר פעולתו כמבואר בגמרא, [אמנם בנדון שלו פסק שאף זה אינו צריך, הואיל ולא התנה כלל וכפי שבארנו בפסקאות לעיל]
**אך פסק שמכול מקום** שמעון מחוייב לשלם את כל הסכום, היות והוא עצמו נהנה מטרחתו של המציל.
**הד"מ (ה) כתב שלכאורה דברי המהר"ם מפאדובה סותרים את דברי המהר"ם שהובאו במרדכי**[21] :
**שם דן המהר"ם** בשר שלקח משכון לראובן ושמעון, וטרח ראובן להוציא המשכון מיד השר, ופסק שמחוייב שמעון לשלם כפי מה שנהנה מטרחתו, על אף שטוען שמעון שהיה יכול להוציא המשכון מיד השר על ידי שר אחר בחינם, ופסק המהר"ם שבמקרה זה, מודדים כמה יאדם כמו שמעון שהיה דר תחת השר השני, מוכן לשלם על הוצאת המשכון מהשר המחזיק בו ללא טורח.
**וכתב הד"מ שאפשר לחלק** בין מציאות בו האדם ניצל מעצמו לגמרי, כפי שהיה במקרה של המהר"ם מפאדובה, לבין מציאות שיכל להציל עצמו, אך בפועל מי שהצילו, זה חבירו, שמכול מקום מחוייב לשלם מה שנהנה ממנו.
**על פי דברים אלו פסק הרמ"א**שבמידה והלך המציל להציל חמור וחבירו, ועלה חמור מאליו, בעל החמור אינו מחוייב לשלם למציל כלום הואיל ולא התנה עמו, אך אם הציל את חמורו, מחוייב לשלם, ואינו יכול לטעון שהחמור היה עולה אף ללא הצלתו.
**לאחר מכן הביא הרמ"א את המקרה של המהר"ם מפאדובה** בעניין שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות, אם יצא השני בלא השתדלות חבירו אינו חייב לשלם כלום, הואיל ולא התנה עמו, אך אם מכול מקום ניצל מכוחו אף שטוען (והאמת עמו) שיכל להנצל גם בכוחות עצמו, חייב לשלם לו כפי מה שנהנה לפי ראות עיני הדיינים.
**הסמ"ע (יב) ציין לכך שמדברי המהר"ם מפאדובה עולה** שאף במידה והתנה, אינו מחוייב לשלם אלא דמי שכירותו, וכפי שהבאנו.
**וכתב הסמ"ע שהוא האריך בתשובה להשיג על כל דברי המהר"ם מפאדובה, ופסק** שאף אם הדבר ניצול מאליו, מחוייב לשלם למציל את הפסדו, היות והתנו על כך.
**הש"ך (ד) ציין שאף המהרש"ל**[22] **פסק כדעת הסמ"ע**[23]**.**
**הנתיבות (ג) תמה על פסק הסמ"ע** שהוא סותר את הכרעת השטמ"ק בשם קדמונים[24] שם הביאו את דברי הירושלמי שהביא הרמב"ן, בו מבואר שאף אם עלה מאליו, אין נזקקים לו.
[**הפת"ש (ב) ציין לדברי הבאר יצחק**[25]שכתב שנראה שמחלוקת הסמ"ע והרמ"א תלויה במחלוקת השו"ע והרמ"א בסימן שיא סעיף ג שהיא בעצם מחלוקת תוס' -רא"ש בב"מ עט.
**דעת תוספות והשו"ע** שאם השכיר לחבירו בסתם ספינה ושכרה השוכר להוליך בה יין זה, וטבעה הספינה באמצע הדרך, מחוייב לשלם את כל דמי הנסיעה לבעל הספינה, שהרי בעל הספינה טוען שמבחינתו הוא מוכן להוביל את היין בספינה אחרת, במידה והיה היין. (ומכול מקום צריך לנכות כדי הטורח של חצי הדרך, שאינו דומה המטפל בהולכת הספינה ליושב ובטל).

---

[18] ב"ב מז. בתחילת העמוד.
[19] ב"במ עז.
[20] ב"ק י, ה.
[21] ב"ק סימן קסז
[22] יש"ש ב"ק פרק י סימן מ.
[23] ועיין במאירי שכתב הכרעת ביניים והיא שאם שני החמורים עלו מאליהם שלא בהצלתו, אינו מחוייב לשלם לו כלום, אך אם מת חמור המציל, וחמור השני עלה מאליו יראה שמשלם מתוכו הואיל ומת שלו אלא שמנכה לו מן הטורח שהיה לו לטרוח יותר מזה, וכתב שכן משמע בירושלמי, וכבר תמהו עליו שלכאורה בירושלמי משמע להיפך וכדעת הרמב"ן שאין לשלם לו אף במידה ועלה מאליו, עי"ש.
[24] ב"ק קט"ז ע"א ד"ה וז"ל ה"ר יהונתן ז"ל.
[25] סימן ו ענף ד.

**ודעת הרא"ש והרמ"א** שמשלם רק על חצי הדרך, הואיל וסוף כל סוף לא עשה מלאכתו.
**וכתב הבאר יצחק** שהסמ"ע סובר כתוס' וכשו"ע, שכשם שמחוייב בעל היין לשלם על הפסד הספינה, על אף שלא סיים מלאכתו, כך מחוייב בעל החמור לשלם למציל על הפסד חמורו, שיכול המציל לומר אני עדיין מוכן להציל חמורך, אלא שחמורך עלה מאליו.
**והרמ"א** סובר כרא"ש שסוף כל סוף המציל לא טרח והציל את חמורו ולכן ההפסד עליו[26].]

## המציל את שלו ושל חברו ביחד, אם חייב חבירו לשלם לו על הוצאותיו?

**הד"מ (ב) הביא את דברי ההגהות שלטי גיבורים על המרדכי[27] שכתב בשם מהר"י מפרי"ש** שהמציל ספרי חברו עם ספריו, והוצרך לתת ממון מפני ההצלה, לא מקבל אפילו שכר טרחו. המהר"י מפרי"ש ביאר שהמציל התכוון לטרוח להציל את ספריו, ומן השמים רחמו על חבירו.
**וכתב הד"מ** שנראה שדין זה נכון דווקא במציאות שלא הוצרך המציל להרבות שכר בשביל חבירו, אבל הוצרך להרבות בשכר, חייב חבירו לשלם לו, וכתב שכן משמע בתשובת מהר"ם מאדובה שהובאה לעיל.
**עוד כתב הד"מ** שדין זה נכון דווקא במציאות שירד בתחלה על דעת להציל את שלו בלבד, אך אם ירד מתחילה על מנת להציל גם את של חבירו, חייב לתת לו שכרו, כדין המציל חמור חבירו.
**עוד הביא הרמ"א מדברי הר"ן בכתובות**[28] שהעושה טובה לחברו אין אומרים שבמתנה עשה לו, אלא יש
לו ממנו שכרו.
**הנתיבות (ז) ביאר** שזה דווקא במקרה שמשביח ולא בהצלה מהיזק, עי"ש.
**עוד ביאר הנתיבות (ו)** שבמקרה שעשה בעבור שלו ושל חבירו יחד, הסיבה שאינו מחוייב לשלם אף במידה ונהנה, זאת משום ש'זה נהנה וזה לא חסר' ולכן במקרה שהוסיף הוצאות מחוייב לשלם.
**אך כתב הנתיבו**ת שזאת דווקא במציאות שירד על דעת להציל עצמו בלבד, אבל אם מתחילה נתכוון להציל חבירו, חייב חבירו לשלם לו, על אף שלא שאל אותו קודם, היות והוא לא יכל להצילם ללא הוצאות ואף אם חבירו אינו חפץ בהוצאות, יכול חבירו לכופו על כך כמבואר בסימן רעב בעניין שייראה שעמד עליה גיס וציין לדבריו בסימן קעח ס"ק ג שם כתב שבכל מקום כשהדבר צריך לשניהם ואי אפשר לאחד לתקן הדבר מבלי חבירו, כופין זה את זה.
**הפת"ש (ג) הביא שהבית יעקב[29] תמה על פסק הרמ"א** וכתב שמבואר בב"ב ז: שכופין בני העיר זה את זה לעשות חומה דלתים ובריח, וכופין כן אף על היתומים, ומשמע שאף שאין תוספת הוצאה מחוייבים להשתתף בהוצאות[30], והוא הנדון במקרה שאדם הציל בעבורו ובעבור חבירו ושלא כדברי המהר"י מפרי"ש, וכתב שכן כתב במפורש המהר"ם[31].
**אמנם השבות יעקב[32] דחה את דברי הבית יעקב וכתב** שאין לדמות מציאות של הצלת אנשים פרטיים, לבין מציאות של קהל.[33]
על פי זה פסק השבות יעקב במקרה שהיה לפניו שנצרך אחד לשבור גגו על מנת לעצור את השריפה שהייתה בעיר, שהתחתונים אינם מחוייבים לשלם על הוצאות הגג, כיון שהעליון היה צריך לעשות הצלה זו בשביל עצמו, ודינם כזה נהנה וזה לא חסר.
**[אמנם בתשובה אחרת כתב**[34]שבמידה ולא הוא שבר את הגג, אלא השלטון המקומי, מחויבים שאר האנשים לתת סיוע בגג ליתן לסיוע הגגות, כוון שהשלטון ירד להציל על דעת כולם, אך הוסיף השבות יעקב שיכולים שאר האנשים לנכות מהרווח שיש לבעל הגג בכך שיש לו כעת גג חדש, שלא יתקלקל במהרה.]

---

[26] וכתב הרב אלקובי בסיכומיו ציין שלכאורה יש סתירה: שהרי"ף והרמב"ם פסקו בעניין פועל שירד גשם והשקה מאליו שלא מגיע לו שכרו, ואילו בעניין ספינה סברו שמגיע לבעל הספינה על אף שלא ביצע שליחותו.
ותירץ שיש לחלק בין מציאות שיש לו הפסד, בזה יש להחשיבו כעומד בהסכם, לבין מציאות שלא הפסיד כלום.
[27] ב"ק סימן קסב.
[28] סג. ד"ה 'קי"ל' כחנן'.
[29] סימן קמח.
[30] לכאורה לפי דברי הרמ"א לא קשה כלל, שבאמת אם מתחילה ירד על דעת להצילו, ודאי מחוייב לשלם, ולא כתב הרמ"א כן אלא במציאות שירד על דעת להציל עצמו בלבד, שבזה ודאי שייכת ההגדרה של 'זה נהנה וזה לא חסר'.
[31] דפוס פראג סי' לט.
[32] חלק א סימן קנח.
[33] לפי זה יוצא שחולק השבות יעקב על דברי הנתיבות וסובר שיחידים אינם יכולים לחייב את חבריהם להוציא ממון בכדי להנצל.
[34] חלק ב סימן קנו.

## גילה אדם דעתו שאין ברצונו בהצלה, ונהנה הנאה מוחשית אם חייב לשלם בעדה?

**הפת"ש (ג) את דברי הפרי תבואה**[35] שדן במציאות שהייתה שריפה בעיר ושכר אדם פועלים גויים שיוציאו ב' תיבות מביתו ונתן להם עשרה זהובים, והתברר שתיבה אחת כבר הוצלה, והם לא רצו להשיב את הכסף, לכן צווה שמעון שילכו לבית ראובן ויצילו תיבתו, ואמר לראובן שישלם לו על אותם זהובים, וראובן אמר בתחילה אינו מוכן לשלם שהרי בלאו הכי, לא יוכל שמעון להוציא המעות מידיהם ולכן הוא מצפה משמעון שיעשה לו זאת כטובה, ושמעון בכל זאת סבר שישלם וצווה לאותם גויים שיוציאו תיבתו.
**ופסק הפרי תבואה** שחייב לשלם לו, ואין לומר שהואיל ולא יכל להוציא המעות מידהם, הרי זה נהנה וזה לא חסר, משום שיכל שמעון ליכנס לבית איש אחר להציל שם ולהשתכר אותן החמשה זהובים, והרי זה דומה למבואר בסימן שס"ג סעיף ו' בשם המרדכי[36] שכל שיכל להנות, אף שאינו רוצה, לא ניתן לחייבו לעשות בחנם, וכתב שהואיל ובנדון שלו היה שמעון מוחזק בממון מסיבה אחרת, הוא יכול לעכב בידו כשיטה זו. והאריך בזה שכל שיש הנאה, לא מועילה שגילה דעתו שאינו רוצה לשלם.
**אמנם בס"ק ד כתב הפת"ש בשם הבית יעקב**[37] שאם גילה דעתו שאינו רוצה שיוציא בעבורו ממון זה מועיל, וכתב שדווקא במקרה של טובע נהר, לא מועיל מחאתו כמבואר בתשובת מהר"ם מרוטנבורג דפוס פראג סימן ל"ט, אבל בממון אין הדין כן (וקצת תימה שהפת"ש לא ציין שנחלקו בזה)

לשון השו"ע:
**ירד להציל ולא הציל אין לו אלא שכרו הראוי לו.**
הגה: ודוקא שהתנה עם הבעלים, אבל לא התנה עם הבעלים וירד להציל ולא הציל, אפילו שכרו אין לו, דהא לא הועיל לו.
וכן אם עלה חמורו מאליו.
אבל אם הציל, לא יוכל בעל החמור לומר: חמורי היה עולה בלעדי הצלתך, אלא חייב ליתן לו שכרו. וכן שנים שנתפסו והוציא אחד הוצאות, אם השני יצא מן המאסר בלא השתדלות חבירו, אין חייב ליתן לחבירו כלום, הואיל ולא התנה עמו.
ואם לא יצא רק ע"י השתדלות האחר, לא יוכל לומר: לא הייתי צריך להשתדלותך כי ידי תקיפה, אף על פי שהאמת אתו, מ"מ חייב ליתן לו לפי מה שנהנה, לפי ראות ב"ד, כן נראה לי (ועיין במרדכי פ' הגוזל בתרא תשובת מהר"ם ודלא כמהר"ם פדוואה סי' ס"ג).
ואם נראה לב"ד שלא הוצרך להרבות בהוצאות בשבילו, דאפילו בשבילו לבדו היה צריך לכל הוצאות אלו, אינו חייב ליתן לו כלום, דזה נהנה וזה אינו חסר.
לכן יש מי שפסק: מי שהציל ספריו וספרי חבירו, אם לא הוצרך להרבות הוצאות בשביל חבירו, אין חבירו חייב לשלם לו כלום (הגהות אלפסי פ' הגוזל).
ונ"ל דווקא שירד תחלה להציל שלו, אלא שהציל גם כן של חבירו עמו. אבל אם ירד על דעת שניהן, חייב ליתן לו מה שנהנה, מאחר שהציל של חבירו, וכמו שנתבאר, כן נ"ל.
וכן כל אדם שעושה עם חבירו פעולה או טובה, לא יוכל לומר: בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתיך, אלא צריך ליתן לו שכרו (ר"ן פ' שני דייני גזירות).

## סעיף ה

### המציל דבש חבירו על ידי שפיכת יינו שלו, ואם הוא מחוייב בכך

**הבאנו בסעיף ג את דברי המשנה בב"ק קטו. שקבעה**שאם הציל אדם את דבש חבירו, על ידי שפיכת יינו שלו והצלת הדבש בחביתו, אינו יכול לדרוש את דמי יינו אלא את שכרו בלבד, וביאר רש"י שזהו שכר השימוש בכלי שלו ושכר פעולתו.
אמנם אם אמר לחברו שהוא מציל לו את הדבש, אך התנה שחבירו ישלם לו על דמי היין, חייב לתת לו דמי היין.

---

[35] סימן נח.
[36] ב"ק סי' ט"ז.
[37] סימן קמח

**בסעיף ג פסק השו"ע דין זה** לגבי חמורים שנפלו לנהר, וכאן פסק דין זה ביחס ליין ודבש, ויש כאן מעט פרטים נוספים:

## מתי כשמציל דבש חבירו, נותר היין של חבירו ומתי כבר נעשה הפקר?

**הגמרא בדף קטו:** מקשה מדוע בעל היין אינו יכול לומר שהוא מציל מההפקר, ולזכות ביין לעצמו.
**מתרצת הגמ'** שמדובר במשנה כשעקל בית הבד כרוך על הכד, וביאר רש"י שלא ישפך הכל אלא מנטפמעט מעט ואינו הפקר.
**הרמב"ם**[38] **כתב בעקבות הגמרא** שאם נשפך הדבש לארץ הרי זה הפקר וכל המציל לעצמו מציל.
**המגיד משנה הבין שהרמב"ם חולק על ביאור רש"י** וסובר שגם במציאות שהיין ודאי יילך לאיבוד, אין הוא נחשב הפקר עד שיפול לרצפה[39].
**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם**.
**הרמ"א כתב** 'בלשון יש אומרים' כדעת רש"י שכל שודאי הולך להשפך, הרי זה הפקר,אף קודם שנשפך.

## האם חייב אדם לשפוך יינו על מנת להציל את דבש חבירו

**הגמרא בב"ק פא:** מביאה תקנות ב"י שנתקנו על ידי יהושע בן נון.
ושם מופיע ברייתא, בה ר' ישמעאל בנו של יוחנן בן ברוקה מוסיף תקנה נוספת שנתקנה על ידי יהושע בן נון:

**דתניא, רבי ישמעאל בנו של ר' יוחנן בן ברוקה אומר:** תנאי ב"ד הוא, שיהא זה יורד לתוך שדה חבירו וקוצץ שוכו של חבירו להציל נחיל שלו, ונותן לו דמי שוכו של חבירו.
ותנאי ב"ד הוא, שיהא זה שופך יינו ומציל דובשנו של חבירו, ונוטל דמי יינו מתוך דובשנו של חבירו.
ותנאי ב"ד הוא, שיהא זה מפרק את עציו וטוען פשתנו של חבירו, ונוטל דמי עציו מתוך פשתנו של חבירו, שעל מנת כן הנחיל יהושע לישראל את הארץ!

**כלומר ר' יהושע בנו של ר' יוחנן בן ברוקה** סובר כי מחוייב אדם לשפוך יינו שלו, על מנת להציל דבש חבירו, ולהתקזז עמו על הפסד יינו.
**הרי"ף**[40] **כתב** שהלכה שלא כדברי ר' ישמעאל והביא לכך ב' ראיות:

א. במשנה בב"ק קטו. שהובאה לעיל מבואר שהמציל אין לו שכרו וזאת כנגד דברי ר' ישמעאל שכתב שנוטל שכר יינו.
ב. הגמ' כתבה שזאת דעת יחיד ומשמע שאין הלכה כן.

**הרא"ש**[41] **דחה את ראיות הרי"ף וכתב** שאין להוכיח מהמשנה כנגד דבריו, הואיל וניתן לומר שר' ישמעאל דיבר במציאות שהתחייב בעל הדבש לשלם לו, ובזה מחוייב להציל. כמו כן כתב שאין ראיה מכך שהגמ' ציינה שזו דעת יחיד, לכך שאין הלכה כמותו.
**בטור בסימן רעד משמע שסבר הטור שהרא"ש מודה לדברי הרי"ף** וסובר שאין הלכה כר' ישמעאל.
**אמנם הרמ"א סתם בתחילה וכתב** שחייב בעל הבית לשפוך יינו כדי להציל דבש חבירו, הואיל והבעלים אומרים לו לשלם.
**אך הביא שיש חולקים וסוברים** שאינו חייב.
**וכתב הסמ"ע(יח)** שמכול מקום כולם מודים שבאבידה מחוייב להציל, ודווקא לגבי יין, יכול לטעון שנוח לו ביין שלו. **וכן כתב הנתיבות בחידושיו (טז).**

## ברחו אנשים מהעיר מפני הדליקה ובא אחד והציל את ממון חבירו

**כתב המרדכי**[42]שאם ברחו אנשים מהעיר מפני דלקה, והציל אחד ספר אחד, הוא לא צריך להחזירו לבעליו, **וכן פסק הרמ"א**.
**וכתב הש"ך (ח)**שאם יכלו בעלי הממון שהוצל להציל ע"י הדחק אין לו אלא שכרו.
**הפת"ש (ו) הביא את דברי העטרת צבי (יא) והמאמר קדישין (יב) שכתבו** שבתקופתם יש חיוב להחזיר תקנת זמנם שהוא גזרת המושל, כמבואר ברמ"א בסימן רנט סעיף ז שמחוייבים מכוח דינא דמלכותא.

---

[38] גזילה ואבידה יב, ה.
[39] אמנם יש לציין שלכאורה לא מוכרח לומר שהרמב"ם חולק על רש"י, עיין ודוק.
[40] ב"ק מא:
[41] ב"ק פרק י סימן טז.
[42] ב"ב סימן קעא.

**וכן כתב הבית אפרים**[43] שאלו מעשים שבכל יום שמחוייב להשיב.

לשון השו"ע:

**וכן שנים שהיו באים בדרך, זה בחבית של יין וזה בכד של דבש, ונסדק הכד של דבש, וקודם שנשפך הדבש לארץ שפך זה יינו והציל הדבש לתוך החבית, אין לו אלא שכרו הראוי לו. ואם א"ל: אציל את שלך ואתה נותן לי דמי שלי, או שהתנה כן בפני ב"ד, הרי זה חייב ליתן לו.**

(ובעל היין חייב לשפוך יינו כדי להציל דבש חבירו, הואיל והבעלים אומרים לשלם לו (טור בסימן רע"ד בשם הרא"ש). ויש חולקין) (שם בשם הרי"ף והרמ"ה).

**ואם נשפך הדבש לארץ, הרי זה הפקר, וכל המציל לעצמו מציל.**

הגה: וי"א אפילו לא נשפך הדבש עדיין רק שנשבר הכד כל כך שהיה נשפך אם לא הציל, זה הוי הפקר (טור וב"י בשם רש"י). והי"ה בכיוצא בזה, כגון שהיה שריפה בעיר וברחו היהודים מן העיר מפחד הדליקה, והציל אחד, מה שהציל הוא שלו, דהוי כזוכה מן ההפקר (מרדכי פרק הגוזל בתרא):

## סעיף ז

**הציל לחבירו בלא הפסד והתנה שיתן לו שכר, והסכים, אם יש תוקף להסכמתו**

**בסעיף ג הבאנו את דברי המשנה בב"ק קטו.-:** שקבעה שבמדה ונשבר לאדם חבית דבש, והתנה חבירו שהיה בידו חבית יין, שישפוך יינו ויציל את דבשו, במידה וישלם לו על הפסד יינו, מחוייב בעל הדבש לשלם על הפסד יינו.

**הגמרא בדף קטז. מקשה** מדוע לא יוכל בעל הדבש לטעון שהתרצה לבעל חביית היין דמי הפסדו, רק בכדי שיציל לו את הדבש אך באמת שיטה בו ולא התכוון לשלם. הגמרא מביאה ראיה לכך שיכול לומר כן, מדברי הברייתא שקבעה שבמציאות שברח מבית האסורין ורצה לחצות את הנהר, ואמר הבורח לבעל המעבורת 'טול דינר והעברני' , הבורח אינו מחוייב לשלם אלא שכר המעבורת, וביארה הגמ' שזאת משום שיכול לומר ששיטה בו, ואמר כן רק בכדי שיעבירהו.

**הגמרא דוחה ראיה זו,** ואומרת שאין לדמות את המקרה של בעל חבית הדבש ובעל החבית היין למציאות של תחילת דברי הברייתא בעניין הבורח מבית האסורין, אלא לסוף דברי הברייתא, שם מבואר, שאם אמר 'טול דינר זה בשכרך והעברני', מחוייב לתת לו את כל שכרו, וביארה הגמ' שההבדל בין סוף דברי הברייתא לתחלתה, היא , שבסוף מדובר במציאות שבעל המעבורת היה דייג, ויכול להרוויח כסף באותו הזמן מן הדיג, ולכן צריך לשלם לו שכרו, והוא הדין שצריך לשלם לבעל היין על הפסדו.

**עולה מדברי הגמרא,** כי הסיבה שמחוייב בעל הדבש לקיים תנאו, הוא דווקא מפני שנוצר הפסד לבעל חבית היין בעקבות שהציל את חבית הדבש.

**על פי זה כתב הרמב"ם**[44]שאם היה לאדם קנקנים ריקים והציל דבש חבירו בקנקנים אלו, והתנה עמו קודם לכך שיתן לו חצי מהדבש או שליש ממנו או סכום כסף מסוים, בעל הדבש אינו מחוייב לשלם לו סכום זה, אף אם נתרצה לכך הואיל והוא 'ציחק בו', ואינו נותן לו אלא שכר הראוי לו (הבאנו בסעיף ג בשם רש"י שזהו שכר טרחתו ושכר השימוש בכלי). **וכן פסק השו"ע.**

**הסמ"ע (יט) נדרש** לשאלה, מדוע יש לשלם לו שכר פעולתו, והרי הוא מחויב מכוח המצוה להציל ממון חבירו, וביאר שמכול מקום צריך בעל הדבש לשלם לו על שכר בטלתו ובטלת כליו, שהרי יכל באותו זמן לעסוק בשכירות אחרת, ואף במציאות שידוע שלא היה לו עסק אחר באותו זמן, כיון שזוהי מלאכה שלוקחים עליה שכר, אין סיבה שבעל הדבש לא ישלם לו כאדם רגיל, רק משום שהיה לו צורך של ממונו שהלך להפסד.[בסעיף הבא נרחיב עוד בדינים אלו].

לשון השו"ע:

**היה זה בא בכד של דבש וזה בא בקנקנים ריקנים, ונסדק כד הדבש, ואמר לו בעל הקנקנים: איני מציל לך דבש זה בקנקני עד שתתן לי חציו או שלישו או כך וכך דינרים, וקבל עליו בעל הדבש ואמר לו: הן, הרי זה שחק בו ואינו נותן לו אלא שכרו הראוי לו, שהרי לא הפסידו כלום:**

---

[43] חו"מ סימן נח.

[44] הלכות גזילה ואבידה פרק יב הלכות ו-ז.

## סעיף ז

### עוד בעניין מציל המתנה עם חבירו, כשאין למציל הפסד וכשיש לו

**הבאנו בסעיף הקודם שמבואר בגמרא בב"מ קטו**: שאם ברח אדם מבית האסורים ואמר לבעל המעבורת 'טול דינר והעברני', אינו חייב לשלם לו אלא כשכרו משום שיכול לטעון ששיטה בו.
אך במידה ובעל המעבורת היה דייג, מחוייב לשלם לו, משום שיכל באותו הזמן לדוג דגים.
**בטעם הדבר שיכול לטעון משטה, על אף שפסק עמו יותר, נאמרו ג' טעמים מרכזיים בראשונים**:

א. **הרמב"ן**[45] **כותב** שהטעם הוא משום שהוא לא התרצה אלא מחמת האונס.
ב. **הרמב"ן מביא שיש שסברו** שהטעם הוא משום שהוא מצווה להצילו, ולכן אין לו אלא שכרו בטל **וכן כתב המרדכי בב"ק סימן קעג.**
**הרמב"ן דחה שיטה זו** מכך שהגמרא ביבמות אמרה דין זה אף בעניין חליצה, ואין מצוה על היבם לחלוץ ליבמתו, וכתב שגם מלשון 'משטה אני' משמע שאין זה קשור למצוה אלא לכך שנאלץ לומר כן מחמת האונס.
ג. **בשטמ"ק בב"ק קטז. מבואר בשם ר' יהונתן מלוניל** שהסיבה שאינו מחוייב לשלם לו את הדינר, זאת משום שהוא נתאנה.
**הנתיבות (ח) כתב שלכאורה** יש להקשות על שיטה זו, שהרי מבואר בגמרא שהטעם הוא משום שיכול לטעון טענת השטאה.
**ותירץ הנתיבות** שבעקרון לא אמור להיות במציאות זו דין אונאה, משום שהטעות הייתה יותר מכדי שהדעת טועה, ובזה מבואר בגמרא בב"ב עח. שאנו מניחים שבמתנה נתן לו[46],לכך צריך לומר שהוא טען כן בכדי להשטותו, ויכול לשטות בחבירו הואיל והוא הוֹנה אותו. (בהמשך נביא עוד פרטי דינים בעניין היכולת לשטות בשעה שנתאנה].

[**עיין בקצות בסימן פא ס"ק ד** שנראה שחילק בין מעבורת לחליצה, וסבר שהטעם שאינו מחוייב לשלם במעבורת הוא משום מצוה, ובחליצה הוא משום האונס, ושם כתב שבמעבורת לא שייך אונס.
**ועיין שם בנתיבות ס"ק ב**שכתב שאף מעבורת הינה מדין אונס].

### דייג שהעביר במעבורת, אם יכול לגבות דינר שלם על אף שלא היה יכול לדוג בסכום זה

**הרא"ש**[47] **כתב**שבמידה והניח מלאכתו מחוייב לתת לו כל שכרו ואפילו אם פסק לו יותר מהראוי, ולמד כן מדין הדייג שמעביר מעבורת, שמחוייב העובר, לתת לו כל שכרו.
**עולה לכאורה מדבריו**, שאף כשלא יכל הדייג להרוויח דינר מעבודתו כדייג, מכול מקום מחוייב לשלם לו דינר.
**הסמ"ע (כ) ביאר** שאין כוונת הרא"ש לומר שאף כשידוע שלא היה יכול להרוויח כך, מחוייב לשלם לו. אלא שאף שאין נראה לעיניים שכך היה מרוויח, מחוייב לתת לו, משום שיתכן שהיה מעלה במצודתו כשיעור זה.
**אמנם הפלפולא חריפתא והקצות (ב) כתבו** שמפשט דברי הרא"ש עולה שאף אם ידוע שלא יכל להרוויח כך, מחוייבים לתת לו.
**וביאר הקצות בטעם הדבר** שדווקא במידה ולא הפסיד בעל המעבורת כלום, אינו יכול לדרוש מעבר לפעולתו כדין 'זה נהנה וזה לא חסר' אבל במציאות שכבר חיסר מעצמו בעבור פעולתו, יכול לגבות כל מה שפסק עמו[48].

---

[45] יבמות קו.
[46] **כתב הנתיבות** שאין לומר שהיות ופועל יכול לחזור לעולם, הוא יכול לטעון שלא טרח למחות, משום שסברא זו נאמרת דווקא במי שנתאנה בשתות בדיוק, שהמקח קיים, ויכול לטעון שלא טרח לתבוע את הכסף שנתאנה משום שיכול לתבעו לעולם, אבל במקרה של שוכר, שהיכולת לחזור בו היא משום ביטול השכירות לגמרי, אין לו טענה מדוע לא מיחה בתחילה.
[47] ב"מ פרק ח סימן כח.
[48] **והקשה ר' שמעון שקאפ (ב"ק סימן יט)** שלפי דברי הקצות עולה שלעולם יכול לדרוש כל שכרו, שהרי לעולם הוא חסר שכר טרחתו.
**לכאורה היה ניתן לדחות בפשטות את קושית ר' שמעון ולומר** ששכר טרחתו אינו נחשב הפסד, שהרי הוא עובד כעת אצל עובר המעבורת, ואין לו הפסד בכך שלא עובד אצל אחר, והסיבה שהעובר המעבורת משלם לו על שכרו, אינו משום שהפסיד בכך שלא עבד אצל אחר, שאף אם לא יכל לעבוד בזמן זה יקבל שכרו משום שהוא פועל שלו וכפי שהבאנו בסעיף הקודם בשם הסמ"ע, והפסד נמדד רק במציאות שיכל לקבל מעבר לשכר פעולתו, שבזה מחוייב העובר לשלם מכוח ההפסד ולא מצד עצם העבודה, ובזה שייכת סברת הקצות שבמצב זה יכול לגלגל עליו כל מה שפסק עמו.
**אלא שלכאורה דברי הקצות בסעיף הבא סותרים זאת** במה שכתב שמחוייב לשלם על שכר שדכנות כפי שפסק משום שהפסידו שבאותו זמן יכל להרוויח על כל פנים פרוטה, ולכאורה אין זה נחשב הפסד, שהרי אף כעת מקבל דמי פעולתו.

**סימן רסד-** אבידתו קודמת לכל אדם אבידת רבו ואבידת אביו, של מי קודמת

## הבטיח לקנות תרופות במחיר יקר מחמת דוחקו, ומה הדין במקרה שכבר נתן?

**הבאנו לעיל שנחלקו הראשונים**, מהו הטעם לכך שיכול העובר במעבורת לא לשלם לבעל המעבורת את הדינר שהבטיח לתת לו, וביארנו שדעת הרמב"ן היא שזאת משום שלא אמר כן אלא מחמת אונסו, ולכן יכול לטעון טענת השטאה.

**על פי זה כתב הרמב"ן** שאם הוצרך לקנות תרופות מחמת דוחקו, והתנה עם בעל התרופות שיתן לו הרבה יותר משווים, אין לו אלא שווים ויכול לטעון ששיטה בו, כדין העובר במעבורת.

**הריטב"א**[49] **הביא את דברי הרמב"ן והוסיף דבר נוסף** שדין זה נכון אף במציאות שכבר שילם את הכסף.

**לקמן בסעיף הבא נראה שפסק השו"ע** בעניין מעבורת שאם כבר נתן את הדינר,שוב אינו יכול להוציא מבעל המעבורת.

**וכתב הנתיבות (ח) שדעת הריטב"א כאן חלוקה על פסק השו"ע שם** , וביאר שהריטב"א סובר כשיטה המובאת בשטמ"ק שאף אם נתן, ניתן להוציא מידו.

**הנתיבות ביאר שהריטב"א סבר כדעת ר' יהונתן מלוניל המובא בשטמ"ק**[50]שהטעם שאינו מחוייב לשלם במעבורת הוא משום שנתאנה, ולכן יכל לשטות בו.

**אך סייג הנתיבות את דברי הריטב"א וכתב שכל דברי הריטב"א** נאמרו דווקא במציאות שהוא לוקח דבר שאינו נשאר בעין לאחר מכן, כגון שכירות מעבורת או תרופות, אבל כשקונה דבר שהוא בעין, אינו יכול לטעון טענת השטאה, שהרי במידה ונתאנה, הוא מחוייב להחזיר את המקח, וא"כ אין ביאור מדוע נתרצה לכך בתחילה, ואינו יכול לטעון טענת השטאה.

**הקצות בסימן רכז ס"ק א** ציין אף הוא שדברי הריטב"א סותרים לפסק השו"ע בסעיף ח.

**והוסיף הקצות** שנראה שדינו של הריטב"א אינו נכון אף במציאות שלא נתן מעות (ובעצם חולק אף על הרמב"ן) משום שאין לדמות מקרה של שכירות שמתחייב בדיבור בלבד, ולכן יכול לטעון משטה אני בך, לבין מציאות של מקח שעושה מעשה קנין, ובזה פשוט לא יוכל לטעון 'משטה אני בך'.[51]

## לא היה למציל הפסד, והתנה בקניין עם הניצל שישלם לו כך וכך, אם מועיל תנאו

**בארנו שעולה מן הגמרא בב"מ קטו:** שאם הציל אדם לחבירו בלי שהפסיד מכך, אף אם התנה עמו שיציל בתמורה לסכום מסוים, חבירו אינו מחוייב לשלם לו, אלא כפי שכרו.

**הנתיבות (ח) ציין לדברי התומים בסימן פא ס"ק ו, שם כתב התומים שיש מחלוקת ראשונים** בשאלה, אם תועיל התחייבותו של זה שהצילו לו את ממונו, במידה ועושה על כך קניין:

**דעת הרשב"א בתשובה**[52] שלא מועיל קניין במציאות זו, ואף אם עשה קניין אינו מחוייב לשלם.

**ולעומתו מדברי הרא"ש בתשובה**[53] **עולה** שאם נעשה מעשה קניין, מועילה התחייבות אף באופן זה.

**הנתיבות כתב שלדעתו אין חולק בכך שקניין מועיל**, והרשב"א כתב כן, דווקא לגבי דבר שהוא מצווה וסבר כדעת המרדכי שהסיבה שיכול לטעון משטה, הוא מפני שהמציל היה מחוייב

---

**ונראה לי בפשטות שכוונת הקצות היא** שיכל לעשות שכר שדכנות אחר, ולקבל מעבר למינימום של השדכנות, כמבואר בראשונים שנביא לקמן שהדרך לשלם בשדכנות הרבה מעבר למינימום.

**ור' איתן וגנר טען** שכוונת הקצות אינה שיכל להרוויח דמי שדכנות אחר, אלא שיכל לעבוד בעבודה אחרת שמרוויחה יותר, ולדעתו הטענה שיכל להרוויח ממישהו אחר יותר בעבור אותה עבודה אינה רלוונטית (לשיטה שנפסקה להלכה שאינה מחשיבה זאת כשכר השדכנות כפי שנראה לקמן) וביאר במקרה של המעבורת בסתמא אין לו יכולת לעבוד כעת בעבודה אחרת, ולכן לא שייך לדון מצד זה.

[49] קידושין ח.

[50] עיין בדברי הנתיבות שהוא הניח שלדעת ר' יהונתן מלוניל המופיע בשטמ"ק לא תועיל טענת השטאה במידה וכבר נתן שלא כריטב"א (ולכאורה לא ראה שכתב שם במפורש שמועיל) וביאר בדבריו שאע"פ שהוא סבר שזו אונאה, הוא אינו יכול לטעון טענת אונאה לאחר שכבר נתן, משום שלא די בטעם של האונאה, הואיל ונתאנה ביותר מכדי שהדעת טועה והיה מקום לומר שנתן מתנה, ולכן נצרך לטענת השטאה, והיות וכבר נתן, שוב אינו יכול לטעון השטאה, וכתב שהריטב"א חלוק עליו בזה וסבר שניתן לטעון טענת השטאה, אף לאחר שנתן ושלא כדעת השו"ע, עי"ש.

[51] נראה שדעת הרמב"ן והריטב"א שיש לדמות מציאות של קנייה מחמת דוחקו לאונס גמור, ומבואר בסימן רה סעיף ד שאע"פ ש'תליוהו וזבין- זביני זביני', מכול מקום אם מכר לו בדמים יקרים, המקח בטל, על אף שכבר נעשה מעשה קניין. והקצות לעומתם סבר שאין לדמות בין מציאות של כפייה ממשית למכור, למציאות שעשה מרצונו רק מחמת דוחקו.

אמנם היה מקום לומר שאין כלל לדמות בין המקרים ע"פ המבואר שם בסימן יב שלדעת העיטור והרמ"א 'תליוהו וקני- אין זביני זביני', אך נראה שמציאות שלנו דומה יותר ל'תליוהו וזבין' ואע"פ שהוא נאנס לקנות, משום שהוא חפץ בחפץ שקונה רק שנאנס לקנותו ביוקר, ואינו דומה למציאות שכפוהו לקנות דבר שלא חפץ בו כלל, עיין בזה ודוק.

[52] חלק א סימן אלף רמ

[53] כלל סד סעיף ג

להצילו[54], ושם מדובר בדבר שאין בו אונס, אבל במציאות שנעשה מחמת אונס ודאי שיודה שיועיל בו קניין.
**עוד כתב הנתיבות** שנראה שאף הרא"ש יודה שבדבר שהוא מצוה, לא יועיל מעשה קניין.

## פסק עמו סכום גבוה במציאות שהדרך לסכום סכום גבוה כגון שדכנות וכדומה

**התוספות ביבמות בדף קו.**[55] **כתבו** שכל מה שנאמר שאם קצב בעל בורח עם בעל הבמעבורת דינרא, הוא אינו מחויב לשלם לו אלא שכרו, זה דווקא במציאות שהדרך היא ליטול על כך שכר מועט, אך במרום שהדרך היא ליטול שכר גבוה, מחוייב הבורח לשלם כל מה שקצץ.
**המרדכי בב"ק** (סימן קעב) הביא שנחלקו המהר"ם ורבינו שמחה, בדבר אדם שפסק סכום עם השדכן, אם מחוייב לתת לו כפי שפסק, או רק כפי שכרו הראוי לו.
**דעת המהר"ם** שנותן לו רק כפי שכרו הראוי לו.
**ודעת רבינו שמחה**, שמחוייב לתת לו הכול, הואיל והדרך בעניינים אלו לתת הרבה יותר מכדי טרחו.
**וכתב המרדכי שהראו למהר"ם** שאף בספר המצוות כתוב בשם ר' יהודה החסיד שלעניין רפואות יש לתת כל מה שקצב, הואיל והדרך לת על כך סכום הרבה, והביא גם בשם ר"י שכתב דבר דומה לגבי שכר על השבעת שדים.
**וכתב המרדכי שמכול מקום לא השגיח המהר"ם בזה** וכתב שאינו מחוייב לתת אלא כפי שכרו.
**אמנם יש לציין שבתשובות מיימונית**[56] **הובאו דברי מהר"ם בצורה פחות חד משמעית** ושם מבואר שהסתפר המהר"ם האם במקרה שאומנתו של השדכן בכך יש לדמותו לדייג, שהפסיד על ידי שעסק בשידוך זה ולא באחר, או שמא אין לדמות זאת לדייג, משום שבדייג ההפסד ברור מה שאין כן בשדכנות שלא ברור כללל שהיה עולה בידו שידוך אחר. והסיק שמן הספק אינו יכול להוציא ממון, וטוב יהיה שיעשו קנין על כך.
**הרמ"א כתב שיש אומרים** שבדבר שדרך ליתן הרבה, כגון השבעת שדים או רפואה, חייב ליתן לו כל מה שהתנה עמו, וזאת כדעת רבינו שמחה ו'דעימיה'.
**אך לעניין שדכנות פסק כמהר"ם** שאינו מחוייב לשלם אלא שכרו.
**הש"ך (יד) כתב** שדין סרסור כדין שדכן, ושלא כדברי הדברי ריבות[57] והמהר"י בן לב[58] שכתבו שבסרסור מחוייב לשלם מה שקצץ עמו.
[המעיין בדבריהם יראה, שהדברי ריבות הכריע כדעת רבינו שמחה ולא חילק כלל בין שדכן לסרסור.
והמהר"י בן לב כתב שהיות ומבואר בתשובות מימוניות שאף המהר"ם לא הכריע כן בצורה ברורה, יש לצרף גם את הסברא שלא כתב כן אלא לגבי שכן שהוא עוסק במצווה ומחוייב בכך, מה שאין כן בשאר סרסור, שאינו מחוייב ולכן יש לת לו כפי שקצב עמו].
**הש"ך (טו) הביא שהמהרש"ל**[59] **הכריע** שחייב לשלם לו כפי מה שקצב לו.
**וכתב הש"ך שנראה שהמהרש"ל אינו חולק על הרמ"א**, והוא דיבר במציאות שאין שכר קצוב לשדכנות, ולכן מחוייב לשלם לו כפי שקצב עמו[60].
**הקצות (ג) הכריע על פי מה שכתב בס"ק ב** שכל שהפסיד השדכן אפילו פרוטה אחת מן השדכנות, יכול לגלגל עליו כל מה שפסק עמו , הואיל הוא 'חסר', ולא שייך כאן הכלל זל 'זה נהנה וזה לא חסר, וכתב שרק במציאות שלא בזבז שום זמן במלאכת השדוך, המשודך אינו מחוייב לשלם מה שקצב עמו, וכתב הקצות שכך יש להכריע בפרט שהמהרש"ל הכריע בלאו הכי כדעת רבינו שמחה, שלעולם חייב לשלם לשדכן מה שקצב עמו[61].
**הפת"ש (ח) הביא שהב"ח הכריע בתשובה**[62] מכוח המנהג שקי"ל להלכה כרבינו שמחה ולא כמהר"ם ולכן שצריך לשלם לשדכן מה שפסק, ואף שיש תקנה כמה לתת אינו אלא כשלא פסקו.
**אמנם הפנים מאירות**[63] **חלק עליו וכתב**שאין לזוז מפסק הרמ"א כשיש תקנה. אבל אם נתן משכון או שטר חוב לשדכן, יכול להחזיק בו ולטעון 'קים לי' כפוסקים שצריך לשלם מה שהתנה.

---

[54] יש לציין שמדברי הרשב"א אין שום אזכור לכך שהטעם הוא משום מצווה, עי"ש ודוק.
[55] ד"ה 'אין לו'.
[56] נזיקין סימן כב.
[57] סימן שצו.
[58] חלק א סימן ק.
[59] ים של שלמה פרק י סימן לח.
[60] אמנם בדברי המהרש"ל מפורש שהכריע שלא כמהר"ם אלא כרבינו שמחה, ועיי"ש שאף המהרש"ל הזכיר שבתשובות מימוניות משמע שהכרעת המהר"ם אינה חתוכה וכפי שהבאנו לעיל בשם המהר"י בן לב.
[61] עין לעיל הערה 48 משא ומתן בדבריהקצות הנ"ל.
[62] שו"ת ב"ח (ישנות) סימן כח.
[63] חלק א סימן צז.

**החכם צבי**[64] **כתב כדברי הפנים מאירות לעניין משכון,** שיכול לומר 'קים לי', אך לעניין שטר כתב שאף שיש בידו שטר אין זה מועיל משום ששטר העומד להגבות אינו נחשב כגבוי (שלא כדעת ב"ש).
**הפת"ש תמה באמת על דברי זקנו הפנים מאירות** במה שכתב שיכול לומר 'קים לי' כשיש לו שטר, וכתב שיש מקום לומר שהתכוון דווקא במציאות שמחזיק שטר ממרני [כלומר שטר בו מתחייב הבע"ח לשלם לכל מי שיגיע עם השטר הזה, ואינו יכול המלווה לומר שפרע], אך כתב שוחק לומר כן, שהרי במציאות זו אין צורך בתפיסה כפי שיתבאר בסעיף הבא שבמציאות שכבר שילם למציל, אינו יכול להציל מידו, והוא הדין בממרני, **ונשאר בצ"ע.**

## מה הדין במקרה שקצב עם השדכן קצת מעבר לשכרו הראוי לו

**הבאנו לעיל שפסק הרמ"א** שאם פסק עם שדכן מעבר לסכום הראוי לו, אינו מחוייב לתת לו מעבר לראוי, והבאנו שיש שחלוקים על פסק זה.
**התשב"ץ**[65] **סבר כדעת המרדכי** שרק בדבר שהוא מצווה, אינו מחוייב לשלם כפי שקצץ, ולכן כתב שמעיקר הדין לעולם מחוייב לשלם לשדכן כפי שפסק, אך כתב ש'מכול מקום למעשה אין לסמוך בזה אלא בדברים שדרך להרבות בשכרם או אפילו בשאר דברים, אם היתה תוספת קרובה למה שראוי לו ולא בתוספת הרבה יותר מדאי בדבר שאין דרך להרבות בו'.
**אף החוות יאיר**[66] **הכריע** שאם קצב סך שאינו הרבה יותר מהסך הראוי מחוייב לתת.
**הנתיבות (ח) כתב על דברי התשב"ץ**שנראה שכל שלא עבר את שיעור שתות, זה נחשב כתוספת קרובה למה שראוי. הנתיבות כתב כן לשיטתו שסבר שכל הסיבה שיכול לטעון טענת 'השטאה' היא מכוח שנתאנה' וכל שלא נתאנה, אינו יכול לומר כן [67].

## התחייב הניצל לשלם בתקיעת כף או בשבועה

**כתב הקצות (ד)** שאם נשבע או בתקיעת כף ליתן לו נראה שצריך ליתן לו כל שכרו כיון שנשבע, משום שבמקרה זה אינו יכול לטעון טענת השטאה. והאריך לבאר שעצם החיוב נעשה מכוח השכירטת ולא מכוח הנדר. וכתב שהוא הדין כשהבטיח לתת שכר לעני, [ועיין בעניין זה בסימן פא ס"ק ג בקצות].

לשון השו"ע:

**וכן מי שברח מבית האסורים והיתה מעבורת לפניו, ואמר לו: העבירני ואני נותן לך דינר, והעבירו, אין לו אלא שכרו הראוי לו.**
**ואם היה צייד, ואמר ליה: בטל מצודתך והעבירני, נותן לו כל מה שהתנה עמו, וכן כל כיוצא בזה.** הגה: י"א הא דאין לו אלא שכרו היינו בדבר שאין רגילות ליתן עליו הרבה, אבל בדבר שדרך ליתן הרבה, כגון השבעת שדים או רפואה, חייב ליתן לו כל מה שהתנה עמו (תוספות והרא"ש פרק מצות חליצה).
ובשדכנות אין לו אלא שכרו, אף על פי שהתנה עמו לתת לו הרבה (הרא"ש כלל ק"ה סי' א' ומרדכי פ' הגוזל בתרא בשם מוהר"ם):

## סעיף ח

## הציל לחבירו בלא הפסד והתנה שיתן לו שכר, וכבר שילם חבירו

**הבאנו בסעיף ו שמבואר בגמרא בב"מ קטו**: שאם ברח אדם מבית האסורים ואמר לבעל המעבורת 'טול דינר והעברני', אינו חייב לשלם לו אלא כשכרו משום שיכול לטעון ששיטה בו.
**וכתבו הרשב"א**[68] **בתשובה והמרדכי**[69]שאם הקדים בעל האבדה את שכרו של המציל, אינו יכול להוציא מידו. משום שאין השטאה אחר נתינה. וכן פסק השו"ע.
**אמנם כבר הבאנו בסעיף הקודם שבשטמ"ק** מופיע שדעת רבינו יונתן מלוניל אינה כן, וכן מצבואר שם בשם המאירי שיש שחולקים על דין זה, והנתיבות כתב שאף דעת הריטב"א עמהם.
לשון השו"ע:

---

[64] סימן נז.
[65] חלק ד' הטור השלישי סימן כ'
[66] סימן קנד
[67] אך כבר הבאנו שהתשב"ץ סבר מעיקר הדין כמרדכי שאין זה משום אונאה אלא משום מצווה אך עדיין ניתן לומר שחשש לשיטה שהטעם הוא אונאה ולכן אמר גדר זה, שהרי כבר כתב התשב"ץ בעצמו שלשיטה הסוברת שהוא משום מצוה, מחוייב לשלם מה שקצב אף אם הסכום גבוה הרבה יותר, ודוק.
[68] חלק א סימן אלף רמ
[69] יבמות סימן כה.

**סימן רסד-** אבידתו קודמת לכל אדם אבידת רבו ואבידת אביו, של מי קודמת

**במה דברים אמורים, בשלא נתן לו. אבל אם נתן לו בכל אלו הדברים אינו יכול להוציאה מידו.**

# סימן רעג
## דין הזוכה מן ההפקר, והפקר כיצד ובמהובו יח סעיפים:

## הקדמה

### הפקר- פעולה ממונית או איסורית?

**במקומות רבים בש"ס מבואר** שכאשר אדם מפקיר ממונו, יכול כל אדם לזכות בו.
**כמו כן מתברר מן הגמרא בנדרים בדף ז.** שהפקר זה נעשה על ידי דיבור בפה, ושם מסתפקת הגמרא אם צריכה אמירה במפורשת או שדי שישתמע כן מתוך דבריו[70] [בלשון הגמרא, הספק הוא האם יש יד להפקר].
**הדבר שמייחד את ההפקר בשונה מכל פעולה קנינית אחרת**, הוא, שמדובר בפעולה חד צדדית, בו מתנתק האדם מן החפץ, אך אין כתובת חדשה אליו מגיע החפץ.
**יחודיות זו, מציבה בפנינו את השאלה,** מהו מעמדו של החפץ לאחר שהופקר, האם נותר הוא במידה מסויימת בבעלותו של בעליו הראשונים, או שכעת אין לו בעלות של אף אדם. [ישנם עוד ב' אפשרויות שהועלו על ידי 'ראשי הישיבות': **האחת**, שהחפץ נמצא ברשות בפני עצמה המכונה הפקר, בדומה להקדש שהיא רשות בפני עצמה[71]. **השניה**, שהחפץ נמצא בבעלות כל העולם[72]]
**שאלה זו נדונה לכאורה במפורש במשנה ובנדרים מדף מג. והלאה.**
**במשנה שם מבואר שנחלקו ר' יוסי וחכמים** האם יכול אדם שהדיר את חבירו בהנאה להפקיר דבר מאכל בכדי שחבירו המודר ממנו, יזכה בו ויאכל אותו.
**דעת חכמים** שיכול לעשות כן.
**דעת ר' יוסי** שאסור לעשות כן.
**הגמרא ביארה בתחילה** שהסיבה שר' יוסי אוסר לעשות כן, היא משום שהוא סבר, שיש לדמות הפקר למתנה, וכשם שמתנה אינה יוצאת מרשות הנותן עד שמגיע לנותן, הוא הדין בהפקר שאינו יוצא מרשות המפקיר עד שזוכה בו הזוכה.
**הגמרא מקשה על ביאור זה מדברי הברייתא**, בה מבואר שסבר ר' יוסי שאם ההפקר קדם לנדר, יכול המודר הנאה להנות ממנו. הגמרא מוכיחה מכך שהטעם אינו משום שהחפץ נותר ברשות המפקיר, שהרי לפי טעם זה, אף במקרה שההפקר קדם לנדר, הוא עדיין לא יצא מרשותו, ועדיין נהנה המודר מנכסי המדיר.
**הגמרא יישבה בתחילה** שאכן הטעם הוא משום שהחפץ נותר ברשות המפקיר, אך מכול מקום אם הפקיר קודם הנדר, הוא רשאי להשתמש, משום שאנו אומדים בדעתו של הנודר שלא התכוון להדירו מנכס שכבר הפקיר, אע"פ שמבחינה בעלותית הוא עדיין ברשותו.
**הגמרא דוחה אפשרות זו מדברי הברייתא בה מבואר**, שאם הקנה שכיב מרע מקצת נכסיו לראשון ולאחר מכן הקנה כל נכסיו לשני, זכה הראשון לחלוטין, אך השני זכה רק מכוח מתנת שכיב מרע ויכול לחזור בו במידה והבריא, והטעם הוא מפנישאנו דנים שהתכוון לתת לשני כל נכסיו ואף מה שהקנה לראשון, ולכן מתנתו של הראשון נחשבת כמתנה במקצת, ואיננו מחשיבים זאת כמציאות של מחלק כל נכסיו שלכולם יש הגדרה של מתנת שכיב מרע, ומכאן הוכיחה הגמרא שהוא הדין שיש לומר כן במקרה שנדר, שדעתו להדיר אף מנכסים שכבר הפקיר.
**לאור זאת מבאר רבא טעם אל בדברי ר' יוסי** והוא שהסיבה שר' יוסי אוסר למדיר להפקיר נכסיו על מנת שישתמש בו המודר ממנו, הוא מן החשש שיעשו כן בדרך הערמה בלבד, ולא התכוון המדיר באמת להפקיר את נכסיו.
**המפרש** נתן ב' ביאורים לדברי רבא:
**ביאור ראשון**: ר' יוסי מודה שמהתורה יצא החפץ מרשות המפקיר בשעת ההפקר, אך מן החשש שיעשה הערמה, גזרו שלא ייצא מרשותו עד שיגיע לידי הזוכה.
**ביאור שני:** מהתורה לא יצא החפץ מרשות המפקיר עד שיגיע לרשות זוכה. אמנם רבנן גזרו שייצא מרשותו אף קודם שיגיע לידי הזוכה, בכדי שלא תשתכח תורת הפקר לגבי מעשרות, שהרי פירות הפקר פטורים ממעשרות, ואם יתחייב המפקיר במעשר עד שיגיע קרקע לידי הזוכה, יחשבו האנשים שנכס זה אינו הפקר ומחוייב במעשר מן התורה, ויבואו לערבבם עם פירות שחיובם במעשר מדאורייתא, ואין זה מועיל להפריש מן הפטור על החיוב.[ועיין בר"ן ובראי"ש עוד פירושים בזה].

**בפשטות, עולה מגמרא זו כי דעת חכמים היא** שההפקר יוצא מרשותו של המפקיר משעת ההפקרה, ולמסקנה יתכן שאף ר' יוסי מודה בזה [תלוי בב' הפירושים בדעת המפרש].

---

[70] עיין לקמן סעיף בסעיף ג אם הפקר צריך להעשות דווקא ע"י אמירה מפורשת, או די שיגלה דעתו.
[71] אפשרות זו הועלתה בספרים הבאים: דרכי משה דרך הקודש ה-טו, דרכי משה דרכי הקניינים ב-יב, שיעורי ר' שמואל קידושין עמוד קמה. פרי משה קניינים לז-ב, רוח אליהו כג.
[72] אפשרות זו הובאה בצפנת פענח (כללי התורה והמצוות ח"ג ד"ה הפקר) . ובכללי התורה והמצות (ח"א ד"ה אבדה הפקר) חילק שנכסי גר הם של כל העולם, אך נכסים שבעליהם הפקירם אינם שייכים לאף אחד.

**ניתן להביא סימוכין לתפיסה זו** כי החפץ יוצא מרשות המפקיר בשעת ההפקרה, מעוד מספר מקורות:

א. **בגמרא בשבת בדף יח: מבואר** שאף לדעת בית השמאי האוסרים על כך שכליו של האדם יעשו פעולות אסורות בשבת, יודו שאין איסור בגיגית, נר קדירה ושיפוד, משום ש'אפקורי מפקר להו'
**מוכח מגמרא זו** כי בשעה שהפקירם, הם אינם נחשבים בבעלותו, ואינו מצווה בשביתתם.

ב. **בגמרא בשבת דף קלא.-: נאמר** למסקנה כי הסיבה שמצוות ציצית אינה דוחה את השבת, אע"פ שמצוותה בכל שעה ושעה, היא משום שיכול אדם להפקירה ועל ידי כך להפטר מן המצוה[73].
**מוכח מגמרא זו**, כי במידה והפקיר את הציצית, היא אינה נחשבת בבעלותו.

**אמנם הב"ח והקצות למדו מדברי הרמב"ם כי לדעתו** החפץ לא יצא מרשות המפקיר בשעת ההפקרה.

**הסיבה להבנה זו, היא מפני שהרמב"ם כתב בהלכות נדרים**[74]: 'ההפקר אף על פי שאינו נדר, הרי הוא כמו נדר שאסור לו לחזור בו'.

**הטור העתיק את דברי הרמב"ם בצורה קיצונית יותר וכך כתב:** 'ההפקר הרי הוא כנדר ואסור לחזור בו'.

א"כ מדברי הרמב"ם יוצא ב' דברים הראויים לתשומת לב:

1. הפקר הינו כנדר.
2. המפקיר אינו יכול המפקיר לחזור בו מכוח איסור (ולא כתב שהוא משום שהחפץ כבר אינו בבעלותו).

**מכוח דברים אלו כתבו הב"ח והקצות (א)** כי לדעת הרמב"ם, ע"י ההפקר האדם לא מתנתק כלל מן החפץ, אלא רק מחוייב מכוח נדרו לאפשר לאחרים לזכות בו.

**הקצות התקשה בדברי הרמב"ם** שלכאורה דבריו סותרים את דברי ב' הגמרות שהבאנו לעיל, מהם עולה כי ע"י ההפקר האדם מתנתק מבעלותו על החפץ.

**הקצות מיישב את הגמרות וכותב** שלגבי הגמרא בשבת לעניין שביתת כלים, ניתן ליישב ע"פ דברי הרשב"א בחידושיו לשבת, שמדובר כשבי"ד הוא זה שמפקיר את הנר וכו' כדי להפריש את העם מהאיסור, ובי"ד ודאי יכול להוציא מרשותו.

**ולגבי הגמרא בשבת בעניין ציצית כותב הקצות** שניתן לומר שציצית נחשבת בבעלותו אף לאחר שהפקירה, אך היות וכבר יצאה מרשותו מכוח זה שאינו יכול לחזור בו, שוב אינו מחוייב בה במצוות הציצית.

**מכול מקום נתקשה הקצות בדבר מקורו של הרמב"ם** לדמות הפקר לנדר.

**וכתב הקצות שלבסוף מצא בב"י באו"ח בסימן תלד שציין שמקורו בגמרא בנדרים דף ז.** שם מסתפקת הגמרא האם יש יד להפקר, כלומר אם יכול אדם להפקיר אף כשלא אמר כן במפורש, ומבארת הגמרא שהספק הוא על הצד שאנו אומרים שיש יד לצדקה, האם יש לדמות הפקר לצדקה או שמא אין לדמות משום שבניגוד לצדקה, הפקר נעשה בין לעניין ובין לעשירים.

**מכול מקום סיים הקצות שנפלא בעיניו** שאף אחד מראשוני נושאי כליו של הרמב"ן לא ציינו למקור זה.

**עוד התקשה הקצות** שהגמרא נותרה בספק בעניין זה והכריע הר"ן שם לקולא ולכן אין יד בנדר, על אף שהכריעו שיש יד לצדקה, וא"כ קשה כיצד סתמו הרמב"ם הטור והשו"ע שההפקר פועל מתורת נדר, ונשאר בצריך עיון.

**אמנם כנגד גישתם של הב"ח והקצות סברו אחרונים רבים** שאין כוונת הרמב"ם לומר שהפקר הינו נדר אלא כמו נדר.

**אחרונים רבים**[75] **נימקו את השגתם על הקצות מכוח המשנה והגמרא בנדרים מג.** שם מבואר כי לכל הפחות דעת חכמים היא שלאחר ההפקר יצא החפץ המפקיר מרשות המפקיר, ולכן מותר למודר מן המפקיר להנות ממנו וכפי שכתבנו.

**בערוך השולחן כתב** שהרמב"ם כתב שהוא כנדר רק בכדי לענות על השאילה 'היכן מצינו מציאות בה מסתלק אדם ממונו בדיבור ולא מעבירו לרשות אחרת שהרי בהקדש ובצדקה החפץ עובר

---

[73] רש"י ביאר שם שגמרא זו סוברת שמחוייב להטיל ציצית אף בבגד שאינו מניח, ולכן נצרכה הגמרא להגיע לתירוץ שיכול להפקירו, ולא היה די לה לתירץ שיכול שלא ללבוש בגד זה, אמנם עיין בראשונים רבים שחלקו על רש"י מכוח שהוכרע להלכה שאין חיוב להטיל ציצית בבגד שהוא לא לובש, עי"ש.

[74] פרק ב הלכה יד.

[75] ההפלאות נדרים (ז.) ר' שמעון שקאפ (נדרים, סימן כד ובשערי יושר שער ה פרק כג) פרי יצחק (חלק ב סה כג) ר' שמואל רוזובסקי (חידושים ב"מ סט, שיעורים נדרים ז.)

לרשות אחרת, לכך דימה זאת לנדר, שכשנדר שלא יהנה מנכסיו מסתלק מהם בדבור פיו ולרשות אחר לא נכנסו[76].

**הגר"א (ג)** התייחס למה שכתב הרמב"ם שאסור לו לחזור בו, וכתב שצריך לגרוס ש'אינו יכול לחזור בו', משום שאין זה נובע מכוח איסור, אלא מכוח העובדה שהחפץ יצא מרשותו.

**בפרישה (ג) קיים את לשון הרמב"ם** וביאר שכוונתו שאף במציאות בה יכול לחזור בו כגון בג' ימים ראשונים וכפי שיתבאר לקמן בסעיף ט, מכול מקום יש עליו איסור לחזור בו אף ללא זכיה מחודשת (אך לא ביאר מהו האיסור וכנראה שהוא משום נדר, ובסמ"ע (ד) כתב רק שיש איסור לחזור בו וצריך לזכות מחדש, ולא ביאר שמדובר גם בג' ימים ראשונים וסמך על דבריו בפרישה)

**בדומה לזה כתב המחנה אפרים**[77]שהאיסור הוא לקחת ממנו בתורת שהוא שלו ולא מכוח זכיה מחודשת, וכן האיסור הוא לפרוע בהפקר זה לבעל חובו. **אף החזו"א**[78] פירש שהאיסור הוא להחזיק בו במידה ואינו זוכה בו.

**ר' אשר וייס כתב**[79]**לבאר** שעיקר דין הפקר הינו דין ממוני, ומכול מקום יש בו דין נדר לענין שאסור לחזור בו הואיל ומעצם טבעו וענינו מזומן הוא לזכיית עניים הרי הוא כנדרי מצוה שאסור לחזור בו.

**לסיכום עולה:**

**מפשט דברי הגמרא בנדרים מג.** נראה כי דעת חכמים היא שכאשר אדם מפקיר את ממונו, הוא יוצא באותו הרגע מרשותו. כן עולה גם כן מהגמרא בשבת יח: בעניין שביתת כלים, ובשבת קלא בעניין החובה בציצית.

**אמנם הרמב"ם כתב** שהפקר הרי הוא כנדר, ובטור כתב שהוא כנדר.

**ולמדו מדבריו הב"ח והקצות**, שהחפץ אינו יוצא מרשותו, אלא מחוייב מכוח נדרו לתת לאחר לזכות בו, ולכן אסור לו לחזור בו.

**אחרונים רבים השיגו על הבנה זו** וכתבו שאף הרמב"ם מודה שברגע שהפקיר יצא החפץ ברשותו.

**לגבי הנוסח של הרמב"ם: 'אסור לחזור':**

**הגר"א כתב** שיש לשנות ולגרוס שאינו יכול לחזור הואיל ויצא מרשותו.

**הפרישה כתב** שהרמב"ם בא ללמדנו שאף בתוך ג' ימים שיכול לחזור, חל עליו איסור מכוח הנדר.

**החזו"א והמחנה אפרים כתבו** שכוונתו לומר שהיות והחפץ יצא מרשותו, יש לו איסור להתייחס אליו כאילו הוא עדיין בבעלותו.

## נ"מ לכך שההפקר אינו יוצא מרשותו- אם מחוייבים היורשים לקיים הפקר אביהם

**כתב הקצות** כי לפי מה שהבין ברמב"ם שבשעת ההפקר, אין החפץ יוצא מרשות בעליו. יוצא שאם מת המפקיר, נותר חפץ אצל היורשים, ואין תוקף להפקרתו, כשם שאין היורשים מחוייבם נדר אביהם. וכתב הקצות שאין להקשות מגיטין מ: שם מבואר שהמפקיר עבדו ומת אותו העבד אין לו תקנה, ואיננו אומרים שפקע הפקרו, משום שהעבד כבר זכה בעצמו בעודו חי.

## עוד נ"מ שהביאו הפוסקים להבנה שהפקר פועל מדין נדר

הרב אשר וייס הביא עוד מספר נ"מ שהביאו הפוסקים להבנה שהפקר פועל מדין נדר.

א. **הבית יוסף או"ח סימן תל"ד כתב** שלא מועילה שליחות בהפקר, כשם שלא מועילה שליחות לנדרוהבין שכן כתבהתשב"ץ בספר יבין שמועה[80] עי"ש.

ב. **רע"א בהגהותיו ציין לדברי הב"ח בתשובה**[81] שכתב שהפקר יכול לחול על דבר שלא בא לעולם וכן על דבר שאינו ברשותו, הואיל שהוא אינו עובד מתורת קניין. האמרי ברוך הביא שכן כתב הפרי מגדים.

---

[76] עיין בר"ן בנדרים דף פה. בעניין הנודר מנכסיו אם נעשו הפקר ואם יכולים אחרים לזכות בהם, ומה הדין במציאות שנשאל עליהם.

[77] זכיה מהפקר סימן ח.

[78] אבן העזר נדרים סימן קלו סוף פרק ראשון ס"ק יא ד"ה ערלה.

[79] מופיע בקישור הנ"ל: http://www.torahbase.org/%D7%91%D7%99%D7%A1%D7%95%D7%93-%D7%92%D7%93%D7%A8-%D7%94%D7%A4%D7%A7%D7%A8-%D7%95%D7%A0%D7%93%D7%A8/

[80] מאמר החמץ (דף כ"ה ע"ב)

[81] סימן קכד

**הקצות בסימן ריא ס"ק ד תמה עליו** מהמבואר בב"ק סט.שם כתוב בגמרא שהצנועיוישהיו מחללים על מעות את מה שלקחו מהם בלא רשות, ור' דוסא שאמר שניתן לומר שכל מה שלקטו העניים יהא הפקר, אמרו דבר אחד, ומשמע ששניהם סוברים שניתן להקדיש ולהפקיר דבר שאינו ברשותו וא"כ החולקים עליהם בהקדש יחלקו גם בהפקר.

ג. **הנתיבות (א) כתב** שאף הב"ח מודה לכך שלא ניתן להפקיר דבר שאינו ברשותו, והב"ח כתב כן דווקא לגבי חמץ בפסח, שחמץ אינו ברשותו והעמידה התורה אותו שיחשב כברשותו, ובזה יכול לנדור לפני כן שאינו חפץ בזה כשם שיכול לסרב לקבל מתנה קודם שתבוא אליו, ודווקא בדבר שבא מאליו אינו יכול לבטלו קודם בואו אליו, עי"ש.

ד. **הקצות (א) ביאר** שהסיבה שרש"י בפסחים דף ד:סבר שהפקר חמץ אינו מועיל לפטור את האדם מ'בל יראה ובל ימצא', הוא משום שסבר כרמב"ם שהחפץ נותר עדיין ברשותו.
**הקצות הוכיח שכך שיטת רש"י מדבריו בב"מ דף יב.** שם הסתפקה הגמרא מה הדין במקרה שזרק אדם ארנק וביאר רש"י שהפקירו לכל הקודם ועבר דרך בית חבירו, אם זכה אותו אדם, ודימתה זאת למבואר לעיל לגבי מתנה ששדה קונה אע"פ שהוא מתגלגל, ותוס' הקשו על רש"י שלא יתכן שמדובר בהפקר, שהרי דימו זאת למתנה ובמתנה יש דעת אחרת מקנה, ומכאן מוכח שרש"י סובר שאף בהפקר יש דעת אחרת מקנה מפני שלא יצא מרשותו עד שזכה בו האחר.

ה. **כתב המנחת חינוך**[82]שניתן להשאל על ההפקר, הואיל והוא פועל מדין נדר.
**אמנם הר"ן**[83] כתב במפורש לא מועילה שאלה בהפקר. [ערוך השולחן ציין לר"ן זה ומכאן הוכיח שאף הרמב"ם מודה שהחפץ כבר יצא מרשותו].
**וכתב ר' אשר וייס** שאין קושיא מדברי הר"ן על המנחת חינוך, הואיל והמנחת חינוך כתב כן בדעת הרמב"ם. אך מכול מקום כתב ר' אשר וייסשתמוה לומר שיועיל שאלה בהפקר, ועוד שהב"י באו"ח תלד ביאר שהר"ן סבר כרמב"ם וכן כתב התשב"ץ וא"כ חזרה הקושיא למקומה.

## סעיף א

### כל הקודם בהפקר זכה בו

לשון השו"ע:

**כל דבר של הפקר, כל הקודם בו זכה, בין שהוא דבר מופקר ועומד בין שהיו לו בעלים והפקירוהו.**

## סעיף ב

### הפקר הוא כמו נדר ואסור לחזור בו

לשון השו"ע:

**ההפקר, אף על פי שאינו נדר, הרי הוא כמו נדר שאסור לחזור בו.**

**מקור דין זה ברמב"ם בנדרים פרק ב הלכה יב,** ובהקדמה ביארנו באריכות את משמעות הדמיון של ההפקר לנדר.
**מבואר בסעיף זה** כי לא יכול אדם בו לחזור בו מחפץ שהפקיר, עניין זה נדון בגמרא בנדרים דף מג:-מד. שם מביאה הגמרא ברייתא שאומרת שאם הפקיר אדם שדהו יכול לחזור בו בג' הימים הראשונים, אך לאחר מכן אינו יכול לחזור בו, ואם הפקיר לזמן מסוים, יכול לחזור בו. פרטי דין זה יבוארו לקמן בסעיף ט עי"ש.

## סעיף ג

### האם בהפקר צריך אמירה מפורשת או די שישליכו לרשות הרבים?

לשון השו"ע:

**ומה הוא ההפקר? שיאמר אדם: נכסי אלו הפקר לכל, בין במטלטלים בין בקרקעות.**

מקור דין זה אף הוא ברמב"ם בהלכות נדרים פרק ב הלכה יד.
**הקצות (ד) הביא שהב"ח (ד) דייק מלשון הרמב"ם** שצריך שיאמר שהוא מפקיר, ואם השליך כיסו ברשות הרבים אין זה הפקר.
**וכתב הב"ח** שדבריו אלו של הרמב"ם, תואמים לשיטתו בהלכות גזילה פרק יא הלכה יא שכתב שיש איסור לקחת חפץ שאיבד האדם מדעתו ('אבידה מדעת'), על אף שאין חיוב להשיב חפץ זה.

---

[82] מצוה יא
[83] נדרים פה. ד"ה 'ואני מסתפק בזה'

**מכול מקום התקשה הב"ח**שמבואר בב"מ כא. וכן בכא: שבמציאות שאדם אסף את עיקר תבואתו והשאיר קצת מן התבואה, מותר לאחר לקחת את מה שהותיר, משום שזו אבידה מדעת. משמע מגמרא זו שאף כשלא הפקיר בפה, מותר לקחת את החפץ.
**הב"ח תירץ** שבמציאות שם, עצם ההנחה נחשבת כאמירה מפורשת[84].
לשון השו"ע:

**ומה הוא ההפקר, שיאמר אדם: נכסי אלו הפקר לכל, בין במטלטלים בין בקרקעות:**

## סעיף ד

### כל הקודם בהפקר זכה בו

לשון השו"ע:

**כיצד דין ההפקר? כל הקודם וזכה בו קנהו לעצמו ונעשה שלו, ואפילו זה שהפקיר דינו בו כדין כל אדם; אם קדם וזכה בו, קנהו.**

דין זה הובא לעיל בסעיף א, וכאן חזר הרמב"ם על זה מפני שכתב את לשונו של הרמב"ם בנדרים פרק ב הלכה יד.

## סעיף ה

### הפקיר לעניים בלבד, אם הפקרו הפקר

לשון הגמרא בב"מ ל:

רבי ישמעאל ברבי יוסי הוה קאזיל באורחא, פגע ביה ההוא גברא, הוה דרי פתכא דאופי, אותבינהו וקא מיתפח. אמר ליה: דלי לי.

אמר ליה: כמה שוין?

אמר ליה: פלגא דזוזא.

יהיב ליה פלגא דזוזא, ואפקרה.

הדר זכה בהו.

הדר יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה.

חזייה דהוה קא בעי למיהדר למזכיה בהו, אמר ליה: לכולי עלמא אפקרנהו ולך לא אפקרנהו. - ומי הוי הפקר כי האי גוונא?

והתנן, בית שמאי אומרים: הפקר לעניים - הפקר,

ובית הלל אומרים: אינו הפקר, עד שיהא הפקר לעניים ולעשירים כשמיטה.

אלא רבי ישמעאל ברבי יוסי לכולי עלמא אפקרינהו, ובמלתא בעלמא הוא דאוקמיה.

**הגמרא מספרת** על אדם שהיה לו משאוי של עצים, והתקשה בסחיבתם, וביקש מר' ישמעאל ברבי יוסי שיטעין אותם עליו. ר' ישמעאל לא רצה להתאמץ בכך והעדיף לקנות ממנו את אותם העצים ולהפקירם. אותו אדם רץ לזכות בהם. חזר ר' ישמעאל וקנה ממנו ואמר לאותו אדם שלא יזכה בהם, הואיל והוא הפקירם לכל העולם, אך לא בשבילו.
**הגמרא מתקשה בסיפור זה,** מפני שלדעת בית הלל הפקר אינו מועיל במידה והפקיר רק לעניים.
**עונה הגמרא,** שאכן ר' ישמעאל הפקירם לכל העולם, ודחה את אותו אדם בדברים בכדי שלא יחזור להטריחו.
**כלומר,** עולה מכאן שהפקר מועיל רק באופן שהמפקיר, מפקירו לכלם העולם, **וכן פסק השו"ע.**

### האם ניתן להפקיר דווקא לאדם מסוים הנמצא לפנינו?

**הפת"ש (א) הביא שכתב הנודע ביהודה**[85] שאע"פ שלא ניתן להפקיר ולמעט אנשים מסויימים, אבל אם הפקיר רק בשביל אדם אחד או שנים הנוכחים לפנינו זה מועיל.

לשון השו"ע:

**המפקיר לעניים אבל לא לעשירים, אינו הפקר, עד שיפקיר לכל כשמטה:**

---

[84] עיין נתיבות בסימן רסא ס"ק ב מה שכתב בזה.
[85] תניינא יו"ד סימן קנד.

## סעיף ו

### המפקיר עבדיו– מי זכה בהם?

לשון הברייתא המופיעה בקידושין דף כג.

גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו, והיו בהן עבדים, בין גדולים בין קטנים - קנו עצמן בני חורין.

**אבא שאול אומר:** גדולים - קנו עצמן בני חורין, קטנים - כל המחזיק בהן זכה בהן.

**מבואר בברייתא שדעת אבא שאול היא** שכשמת גר- נכסיו נעשו הפקר, ולכן יכול עבד גדול לזכות בעצמו ולהשתחרר, אך קטן אינו יכול, מפני שאין לו 'יד' מבחינה קניינית לקנות את עצמו.

**הרא"ש**[86] **והרמב"ם**[87]**הכריעו כאבא שאול.**

**הרמב"ם כתב דין זה** אף במציאות של הפקר רגיל (ולא רק בנכסי הגר), **וכן פסק השו"ע.**

**הנתיבות (א) התקשה** על הדימוי בין נכסי הגר, להפקר רגיל. שהרי בנכסי הגר אין דעת אחרת מקנה, מה שאין כן בהפקר וכדעת רש"י שהבאנו לעיל בהקדמה שסבר שאף בהפקר יש דעת אחרת מקנה, ומבואר בסימן רמג סעיף טו ברמ"א שקטנים יכולים לזכות במקרה שיש דעת אחרת מקנה.

**אך כתב הנתיבות** שקושיא זו אינה דווקא על דימויו של הרמב"ם [ובעקבותיו השו"ע]שהרי לכאורה כן מבואר בגמרא בגיטין דף לט: שהפקר מדעת אינו מועיל בקטן.

**מכוח זה כתב הנתיבות** שצריך לומר שאף רש"י מודה שהפקר אינו נחשב כדעת אחרת מקנה, ורק לענין דין 'חצר המשתמרת', יש להחשיבו כדעת אחרת מקנה.

לשון השו"ע:

**המפקיר עבדיו, הגדולים קנו עצמם; והקטנים, כל הקודם והחזיק בהם, זכה:**

## סעיף ז

### בפני כמה צריך להפקיר?

לשון הגמרא בנדרים דפמה.

**דאמר ר' יוחנן משום רבי שמעון בן יהוצדק:** כל המפקיר בפני שלשה הוי הפקר, בפני שנים - לא הוי הפקר.

**ור' יהושע בן לוי אמר:** דבר תורה אפילו באחד הוי הפקר, ומה טעם אמרו בשלשה? כדי שיהא אחד זוכה ושנים מעידין.

**מבואר בגמרא**שלדעת ר' יוחנן הפקר צריך להעשות בפני ג'.

**ולדעת ריב"ל** מהתורה די בהפקרה בפני אחד, ומכול מקום הצריכו חכמים לעשות כן בפני ג' בכדי שיוכל אחד מבין הג' לזכות, ושנים שיעידו עליו שזכה.

**הרא"ש הביאשהלכה כריב"ל וכתב** שלכן כתב רבינו שמשון שמהתורה די בהפקרה בינו לבין עצמו.

**הרא"ש**[88] **תמה עליו** שהרי אף ריב"ל הצריך לכל הפחות שיפקיר בפני אחד.

**וכתב הרא"ש** שיש סברא גדולה לחלק בין בפני אחד לבינו לבין עצמו, משום שניתן לומר שבינו לבין עצמו זה לא מועיל , מכיון שבצורה כזו לא יכול לצאת החפץ מרשותו, משום שאינו ידוע לשום אדם. אמנם אם הפקיר בפני אחד, יכול אותו אחד לזכות בו ולהיות נאמן שהפקירו במיגו שיכל לטעון שחפץ זה שלו הוא.

**ומכול מקום ביאר הרא"ש את דברי רבינו שמשון וכתב** שסבר רבינו שמשון שלא ניתן לומר שיש עדיפות להפקר בפני אחד, הואיל ובהפקר של קרקע, לא תועיל הפקרה בפני אחד, מפני שבמקרה זה לא יהיה לאותו אחד מיגו, והיות ודין הפקר נלמד דווקא בקרקע כמבואר בירושלמי בשביעית[89] שנלמד כן מן השמיטה. א"כ על כרחך שלדעת ריב"ל שאין צורך בשלושה, אין צורך כלל שיוכל הקרקע לצאת מתחת ידו, והוא הדין שתועיל הפקרה בינו לבין עצמו.

**הרמב"ם סתם כדברי הגמרא** וכתב שדבר תורה אפילו הפקיר בפני אחד הפקר הוא.

**הטור הביא את דברי הרמב"ם והוסיף שלדעת הרא"ש** מועיל הפקר אף בינו לבין עצמו.

**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.**

---

[86] קידושין פרק א סימן כח.
[87] נדרים פרק ב הלכה טו.
[88] פסקים פרק ד סימן יא.
[89] פרק ה הלכה א.

**הרמ"א כתב** שיש אומרים שמועיל הפקר אפילו כשהפקיר בינו לבין עצמו.
**כתב הסמ"ע (יא)** שהנ"מ בין ב' השיטות היא אם מועילה הפקרת בהמה בינו לבין עצמו, בכדי להפטר מאיסור שביתת בהמתו במידה והשכיר בהמתו לגוי. [זהו גם כן ההקשר בו אמר ר' שמשון שמועילה הפקרה בינו לבין עצמו, עי"ש בראא"ש].

## בפני כמה צריך להפקיר במטלטלים

**הבאנו לעיל שנפסק** כי מדאורייתא די בהפקרה בפני אחד(או אפילו בינו לבין עצמו), ומדרבנן יש צורך בהפקרה בפני שלושה.
ונשאלת השאלה האם גם במטלטלים יש צורך בהפקרה בפני ג'.
**הקצות לקמן בס"ק ג' הביא את דברי החוות יאיר בסימן מח שסבר** שיש לחלק בין מטלטלים לקרקע לעניין היכולת לחזור בתוך ג' ימים וכפי שיבואר לקמן.
**הקצות עצמו האריך לדחותו** וכתב שאין חילוק בזה בין קרקע למטלטלים, ואחת מראיותיו היא מדברי תוס' בפסחים בדף ד: (ד"ה 'מדאורייתא') שביארו שהסיבה שמועיל הפקרה להפטר מאיסור חמץ, ואין צורך בג', היא משום שמהתורה אין צורך בשלושה, ומשמע שסברו שמדרבנן אין חילוק בזה.
**אמנם המחנה אפרים**[90] **כתב שמלשון הרמב"ם עולה** שבמטלטלים ניתן לזכות בפני אחד אף מדרבנן, וביאר שזאת משום, שאף ע"י אחד, גמר ומפקיר, שהרי אותו אחד, יכול לזכות בו. [ונראה שדיוקו של המחנה אפרים הוא מכך שהרמב"ם כתב כן דווקא בעניין 'המפקיר את הקרקע' ולא הזכיר זאת קודם לכן, ולכאורה, דיוק נאה הוא]

לשון השו"ע:

**המפקיר את הקרקע, כל הקודם והחזיק בה זכה. דין תורה, אפילו הפקיר בפני אחד ה"ז הפקר ונפטר מהמעשרות, אבל בדברי סופרים אינו הפקר עד שיפקיר בפני ג', כדי שיהיה אחד זוכה, אם רצה, והשנים מעידים.** הגה: וי"א דאפילו בינו ולבין עצמו הוי הפקר (טור ס"ח בשם הרא"ש):

## סעיף ח

## האם מועילה הפקרתו כשלא אמר במפורש אלא רק השתמע מדבריו (דין 'ידות')

**הזכרנו בהקדמה כי הגמרא בנדרים דף ז.** מסתפקת האם יש 'יד' להפקר. כלומר, אם יכול אדם להפקיר אף כשלא אמר כן במפורש כגון שאומר 'הרי זה ספק הפקר וזה', שעל השני לא אמר במפורש שיהיה הפקר. ומבואר שם בגמראשבמידה ואמר הרי זה ספק והפקר וזה גם, פשוט שאף השני הינו הפקר.
(דוגמאות אלו נאמרו לגבי צדקה והסיקו הפוסקים בפשטות שהוא הדין להפקר)
**הגמרא מבארתשהספק הוא** על הצד שאנו אומרים שיש יד לצדקה, האם יש לדמות הפקר לצדקה, או שמא אין לדמות, וזאת משום שבניגוד לצדקה, הפקר נעשה בין לעניים ובין לעשירים.
**הגמרא לא פשטה ספק זה.**
**הרמב"ם כתב**[91]שבמקרה שהפקיר על ידי 'יד', הרי זה ספק הפקר, **וכן כתב הטור.**
**אמנם הטור והרמב"ם** לא פירשו מדבריהם, מה הדין בספק הפקר.
**הר"ן**[92] **התייחס לנקודה זו וכתב** שאין מתייחסים אליו כההפקר, הואיל ויש להעמיד את הממון בחזקת בעליו.
**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם** שהוא ספק הפקר.
**הסמ"ע (יב) ביאר כדברי הר"ן** שלכן לא ניתן להוציאו מבעליו[93].
לשון השו"ע:

---

[90] זכיה מההפקר סימן א.
[91] נדרים ב טז.
[92] נדרים ז. ד"ה 'ולענין הלכה'.
[93] **עיין בשו"ת משנה הלכות (חלק ט סימן שכה) שהביא את דברי ה'סוכת דוד'שהקשה על מסקנת הר"ן** שמכוח ההפקר אין להוציא מיד הבעלים, וכתב שעל כרחך דיבר לאחר שכבר זכה אחר בממון שאם לא כן מה מעכב מהבעלים לחזור ולזכות בו, וכתב שבמציאות זו לא מובן כלל מדוע חזקת 'מרא קמא' של הבעלים הראשונים, קודמת למחזיק בהפקר כעת, והרי הוא המוחזק בחפץ ממש, ומוחזקות עדיפה מחזקת 'מרא קמא'
**והמשנה הלכות דחה דבריו** בכמה אנפי עי"ש., וביחס לגוף הטענה איזה חזקה עדיפה, כתב שהיות והחפץ היה בספק הפקר, השני גזל בשעה שלקח את ההפקר, ואינו נחשב כמוחזק כלל.
**אמנם המאירי כתב במפורש** (ז. ד"ה וכן נסתפקו) שאם קדם וזכה בו אחר אין מוציאים מידו.
**הלחם משנה על הרמב"ם** הוסיף נ"מ נוספת לכך שהוא ספק הפקר וכתב שיש להפריש בו מעשרות מספק שאינו הפקר.

**האומר: הרי זה הפקר וזה הרי השני ספק הפקר. ואם אמר: וזה כמו זה, או שאמר: וגם זה, הרי התפיס השני ויהיה הפקר ודאי:**

## סעיף ט

### באיזה מציאות יכול אדם לחזור בו מן ההפקר?

**כבר הבאנו לעיל שהגמרא בנדרים דף מג:-מד. דנה במחלוקת ר' יוסי וחכמים**, אם מותר למודר הנאה מחבירו להנות מחפץ שהפקר מופקר שהיה שייך לזה שהדירו:

**לדעת חכמים** יכול המודר להנות מחפץ מופקר של מדירו.

**לדעת ר' יוסי** אסור למודר להנות מחפץ מופקר של מדירו.

**בפשטות**, נחלקו ר' יוחנן ורבא מדוע לדעת ר' יוסי אסור להנות מחפץ זה, על אף שהוא הופקר.

**ר' יוחנן סבר שלדעת ר' יוסי** לא יצא ההפקר מרשות בעליו, עד שיזכה בו אחר.

**לדעת רבא** הטעם הוא, משום שיש לחוש שהבעל החפץ יפקיר שלא בלב שלם אלא בדרך של הערמה רק בכדי שיוכל חבירו להנות מחפץ זה, ולפי זה יוצא שאף ר' יוסי מודה שמן התורה ההפקר יצא מרשות בעליו[94]

**הגמ' ממשיכה ומביאה ברייתא**, שם נאמר, שיכול אדם לחזור מהפקרת שדה בשלושה ימים הראשונים, אך לאחר מכן, לא יוכל לחזור בו.

**ממשיכה הברייתא ואומרת**שאם הפקיר את השדה לזמן מסויים כגון: ליום אחד, לשבת אחת וכו' יכול לחזור בו לעולם כל עוד לא זכה בו אחר, אך לאחר שזכה בו אחר שוב אינו יכול לחזור בו.

**הגמרא מתקשה** שלכאורה תחילת דברי הברייתא סותרים את סופה. שהרי בתחילה נכתב שבהפקרה רגילה לא ניתן לחזור מלבד בימים הראשונים,[וביארו הרא"ש והר"ן שתקנו שלא יהיה הפקר בג' ימים הראשונים בכדי שלא יבואו אנשים להפקיר על מנת להפטר מן המעשר[95] .], ומשמע שבעיקרון לא ניתן לחזור מן ההפקר, וזאת כדעת חכמים שסברו שההפקר יצא מרשות המפקיר בשעה ראשונה.

לעומת זאת מסוף דברי הברייתא עולה שאם הפקיר לזמן מסויים, לעולם יכול לחזור בו, וזאת כשיטת ר' יוסי.

---

[94] כך פירשו הר"ן והמפרש בפירושו הראשון, אמנם בפירושו השני כתב המפרש שאף רבא מודה שלדעת ר' יוסי מן התורה לא יצא ההפקר מבעליו עד שיזכה בו חבירו, אלא שמדרבנן גזרו שלא יוכל לחזור בו ושייחשב כאילו יצא מרשותו, וכפי שיבואר לקמן, ומכול מקום לא תקנו כן במציאות שיש שהדיר חבירו ממנו ואח"כ, משום שבמקרה זה יש לחוש להערמה.

[95] **ביאור זה נאמר בגמרא לקמן לגבי ביאורו של ר"ל שביאר שדברי הברייתא הינם אליבא דר' יוסי**, וביאר שהסיבה שלא ניתן לחזור הוא בכדי שלא תשתכח תורת הפקר, והקשתה הגמרא על כך: שלפי זה צריך לומרש'אפילו מיום הראשון נמי ליהוי הפקר!',ותירץ רבה: 'מפני הרמאין דמפקירין והדרין בהון'.

**וכתבו הרא"ש והר"ן** שטעם זה נכון גם אם נבאר את הברייתא כדעת חכמים וכדברי עולא שיובאו לקמן.

**אמנם יש לציין שהרמב"ם לא נימק שום סיבה לכך שניתן לחזור בג' ימים ראשונים** ושלאחר מכן לא ניתן לחזור.

**ונראה שסבר** שטעם זה שייך דווקא לפי הביאור שהברייתא נאמרה לשיטת ר' יוסי.

**אם נכונים דברינו** יש לברר מה הסיבה לדעת הרמב"ם לחילוק בין ג' ימים ראשונים לימים שאחר מכן.

**ערוך השולחן (יא) כתב במפורש** שהרמב"ם סבר שטעם זה נאמר דווקא לשיטת ר' יוסי, וכתב שיש גם קושי בלאו הכי בפירוש דברי הר"ן והרא"ש לגמרא, עי"ש.

**לאור זאת ביאר ערוך השולחן שלדעת הרמב"ם** מהתורה ניתן לחזור מהפקר על ידי דיבור בלבד 'דאתי דבור ומבטל דבור' ורק לאחר ג' ימים תקנו חכמים שלא יועיל חזרתו, משום שכבר יצא קול שנכסים אלו מופקרים, ועל כן יש לדונם כהפקר לכל דבר, ואף אם זכה בהם בעצמו, שייכים בהם כל דיני הפקר.

ובהפקר לזמן השאירו חכמים את דין התורה שמועילה החזרה אף לאחר ג' ימים מפני שהוא דבר שאינו מצוי.

**אמנם יש להעיר כי מדבריו עולהלכאורה** שלדעת חכמים אין כלל תלות בין ההנחה כי ע"י ההפקר יוצא החפץ מרשותו [ומותר למודר הנאה להנות מהפקרו] לבין החוסר יכולת לחזור מן המקח לאחר ג' ימים [ מפני שכתב שבעקרון 'אתי דיבור ומבטל דיבור' ורק מחמת שידוע שהוא הפקר אין זה מועיל] והרי הגמרא הניחה שהדברים תלוים זה בזה, ולכן הסיקה שדברי תחילת הברייתא תואמים לדעת חכמים, והדבר צריך עיון.

**ועיין עוד בספר חלת דבש לרב יצחק קוסובסקי-שחור שכתב אף הוא** כי מדעת הרמב"ם עולה שהטעם שיכול לחזור בג' ימים ראשונים הינו מעיקר הדין, אך הוא ביאר שזאת משום שעוד לא גמר דעתו עד ג' ימים, ולפי זה מבואר שלאחר ג' ימים גמר דעתו ולא מועילה חזרתו אף מדין תורה, ולכן יש לדמות זאת למה שפסקו בעניין נדר, שכבר יצא הפקרו מרשותו, אלא שהקשה החלת דבש בעצמו על ביאור זה שלפי זה יוצא שבג' ימים ראשונים, לא יהיה ניתן להנות מהפקרו של המדיר אותו, וא"כ כיצד פסקו חכמים שיכול להנות מהפקרו, ולכך הוצרך לחלק כדברי הרא"ש בין זכיה מחודשת לחזרה בלבד, וכתב שרק כשחזר בו בטל שם ההפקר, מה שאין כן במקרה שזכה מחדש, נתברר שמשעה ראשונה לא היה הדבר ברשותו.

אמנם נראה לענ"ד שהיה ניתן לבאר בפשטות כתחילת ביאורו של החלת דבש, במה שביאר שמעיקר הדין יכול לחזור תוך ג' משום שלא גמר דעתו, ולומר שדין זה נכון דווקא לגבי קרקע ולא לגבי מטלטלים. ודברי המשנה לגבי המודר שיכול להנות מנכסי המפקיר נאמר לגבי מטלטלים (אין לו מה יאכל). ולעניין חזרה בהפקר לזמן היה מקום לומר שהיות והוא דבר שאינו שכיח, אין לו גמירות דעת בזה אף שייצא מרשותו, ויש בזה מן הדוחק, ודבר צריך הדבר תלמוד.

עוד יש לציין לדברי הרמב"ם בהלכות תרומת עניים פרק ג הלכה כז ממנו עולה במפורש כי לכל הפחות כאשר חזר וזכה בהפקר, נפטר מן המעשרות. אך אין הכרח מה תהיה דעתו במקרה שחזר ללא זכיה מחודשת, ונתייחס בע"ה לזה לקמן במחלוקת הר"ן והרא"ש בעניין זה.

**הר"ן ורא"ש והמפרש ביארו** שהגמרא מדברת כאן לפי שיטת ר' יוחנן הסובר שלדעת ר' יוסי החפץ אינו יוצא מרשותו כלל בשעת ההפקר.
[אמנם בסוף הסוגיא מביא הרא"ש את דברי היראים שפירש שהקושיא היא לשיטת רבא שאומר שאף ר' יוסי מודה שבהפקר יוצא החפץ מרשות בעליו, אלא שגזרו לגבי מודר הנאה בכדי שלא יהיה הערמה, וא"כ היה לו לגזור אף במקרה של הפקר שדהו בכדי שלא יערים בשביל להפטר מן המעשר]
**לאור קושיא זו הביאה הגמ' ב' הבנות בפירוש הברייתא:**

א. **עולא ביאר** שניתן לומר שכל הברייתא נאמרה לשיטת חכמים, ואף חכמים מודים שבהפקר לזמן, ניתן לחזור בו, משום שהוא 'לא שכיח'.
**הרא"ש והר"ן ביארו** שבהפקר לזמן, אף חכמים מודים שלא התכוון האדם להוציא מרשותו, עד שיזכה בו אחר, וביאר הר"ן שהואיל ומציאות של הפקרה לזמן אינה שכיחה, והאדם שינה מהדרך הרגילה, אנו אומרים בדעתו שלא התכוון להוציא מרשותו עד שיזכה בו אחר.
**אמנם המפרש כתב** שדין זה שלא יכול לחזור בו מהפקר לזמן הינו מדרבנן, שהיות ותקנו חכמים שלא יוכל לחזור בו מהפקר בג' ימים ראשונים, המשיכו תקנה זו בהפקר לזמן שאינו שכיח אף ביותר מג' ימים ראשונים.

ב. **ריש לקיש תירץ תירוץ אחר**, והוא שכל הברייתא נאמרה לשיטת ר' יוסי, ובאמת בהפקר החפץ אינו יוצא מרשותו עד שיזכה בו חבירו, ומכול מקום תיקנו חכמים שבהפקר של שדה, לא יוכל לחזור בו המפקיר מן ההפקר לאחר ג' ימים, בכדי שלא תשכח תורת הפקר.
**[הר"ן ביאר** שאם היינו משאירים את הדין המקורי, שלעולם יכול לחזור בו, היו האנשים סוברים שהזוכה מן ההפקר, הוא זוכה מן המפקיר ממש וממילא יחשבו שפירות שדה זו מחוייבים במעשר מן התורה, ויבואו לעשר מפטור על החיוב, לכך תקנו שלא יכול לחזור בו, ויידעו כולם שפירות אלו הפקר, ופטורות מן המעשר.
**אמנם הרא"ש ביאר** שהחשש הוא שאנשים לא ידעו שהפקר פוטר מן המעשר.
**התוס' רי"ד ור' אברהם מן ההר ביארו** שהחשש הוא שאנשים יחשבו שלא ניתן כלל להפקיר נכסים, ויוציאו מן הזוכה מן ההפקר.]

**א"כ מגמרא זו עולה לכאורה**שאף חכמים הסוברים שעל ידי ההפקר יצא החפץ מרשותו, יודו שאם הפקיר שדה, יכול לחזור בו בשלושה הימים הראשונים(מפני הרמאים כמבואר בראש"ש ובר"ן).
**ולגבי הדין המבואר בסוף הברייתא** שאם הפקיר לזמן, יכול לחזור בו לעולם עד שיזכה בו הוא או אחר, הדבר תלוי במחלוקת:
**שלדעת עולא** אף חכמים מודים לדין זה הואיל ומציאות זו אינה שכיחה.
**ולדעת ריש לקיש** ברייתא זו נאמרה דווקא לשיטת ר' יוסי, ולכאורה חכמים אינם מודים לזה.
**הרמב"ם פסק את כל דברי הברייתא להלכה**[96]: כלומר, גם שיכול אדם לחזור בו בג' ימים ראשונים, וגם שאם הפקיר לזמן יכול לחזור בו לעולם, כל עוד לא זכה בו מחדש, וכן שלא זכה בו אחר.
**הטור השמיט לחלוטין את כל דברי הברייתא.**
**אף הב"י** לא ציין לברייתא זו כלל.
**אמנם בשו"ע בסעיף זה ובבא אחריו העתיק את כל דברי הברייתא להלכה.**
**הדרישה כתב** שנראה שהטור סבר שכל דברי הברייתא הנ"ל אינם להלכה, וכדעת ר"ל שזו שיטת ר' יוסי בלבד. עוד כתב שלפי פירוש הרא"ש בשם היראים שיובא לקמן בסעיף הבא עולה גם, שדין זה נכון דווקא לגבי חיוב מעשר ולא לגבי נדרים ומשמעויות אחרות[97].

## האם ניתן לחזור מן ההפקר בג' ימים ראשונים אף במטלטלים?

**הבאנו לעיל שהרמב"ם והשו"ע פסקו על פי הברייתא** שיכול אדם לחזור בו מן ההפקר בג' ימים ראשונים, **וביארנו בשם הר"ן והרא"ש** שתקנו כן משום הרמאים שהיו מפקירים בכדי להפטר מן המעשר.
**הרא"ש כתב** שאגב סיבה זו, תיקנו דין זה של חזרה בג' ימים ראשונים, גם בכל הפקר.
**הסמ"ע (יג) ביאר בכוונת הרא"ש** שתקנו כן אף במטלטלים אגב שתקנו כן בקרקע.
**אמנם תוספות**[98] **כתבו במפורש** שדין זה נאמר דווקא לגבי קרקעות, אבל במטלטלים נעשה הדבר הפקר לאלתר.

---

[96] פרק ב הלכות יז- יח.
[97] **ר' דניאל ווסטברוק כתב בסיכומיו על דברי הדרישה** ש'העיקר בש"ס ודאי אינו כן', ונראה שהתכוון לכך שהגמ' הניחה בפשטות שרישא נכונה גם לשיטת חכמים, ומשמע שאף חכמים מודים שג' ימים ראשונים, אין זה הפקר.
**אך לדידי נראה שאין זו ראיה כלל**, משום שהגמרא כתבה כן בהו"א שר' יוסי לא מסתדר עם תחילת דברי הברייתא, ולכך נאלצה לפרש שאף חכמים מודים בג' ימים ראשונים, אך לשיטת ר"ל שכל דברי הברייתא נאמרו לשיטת ר' יוסי, אין כלל ראיה לכך שחכמים מודים לדין של 'ג' ימים ראשונים, ויתכן שלשיטתם ברגע שהפקיר, שוב אינו יכול לחזור בו.

**יש לציין שגם מלשון הרמב"ם והשו"ע משמע** שדין זה נכון דווקא לגבי קרקע שהרי הרמב"ם בפרק ב הלכה טו ובעקבותו השו"ע בסעיף ב כתבו שהפקר הוא כמו נדר ואסור לחזור בו, ורק בהלכה יז (ובשו"ע סעיף ט) כתב שהמפקיר את שדהו .. של שלושה ימים יכול לחזור בו', ומשמע שדין זה נכון דווקא בעניין שדה.

**הקצות (ג) הביא שהעבודת הגרשוני**[99] **כתב** שמבואר בירושלמי שהייתה הו"א לומר שהמחלוקת אם המפקיר חמץ ביג ניסן,יכול לאוכלו אחר הפסח, תלוי במחלוקת ר' יוסי וחכמים, אם על ידי ההפקר יצא החפץ מרשותו [ולבסוף הסיק הירושלמי שכולם מודים שיצא מרשותו אלא שחוששים להערמה].

**החוות יאיר**[100] **השיג על דברי העבודת הגרשוני**וכתב שמבואר בסוגיא שכל המחלוקת בין ר' יוסי לחכמים היא בעניין שדה ובזה יש לחלק בין בג' ימים לאחר ג' ימים, אבל בשאר מטלטלים, כולם מודים שנעשה הפקר מיד.

**הקצות הקשה על החוות יאיר** וכתב שלא מצאנו שום פוסק שחילק בעניין ג' ימים בין מטלטלים לקרקע מלבד תוספות. הקצות כתב להוכיח שאין חלוקה בין קרקע למטלטלים אף בעניין הפקרה ביחיד[101], וגם כתב שם הקצות שכל דברי תוס' בנדרים נאמרו דווקא לפי התפיסה כי אף ר' יוסי מודה שהפקר מוציא את החפץ מרשות המפקיר מדאורייתא, ובירושלמי מפורש שאין הדבר כן, ע"ש בדבריו.

## האם יכול אדם לחזור מהפקרת שדהו בתוך ג' ימים לאחר שזכה בו אחר?

**הבאנו לעיל שהשו"ע והרמב"ם פסקו כדברי הברייתא,** שיכול אדם לחזור מהפקרת שדהו תוך ג' ימים, וכן שאם הפקיר לזמן יכול לחזור בו לעולם, אלא אם כן זכה בו הוא או אחר.

**נשאלת השאלה**, האם תנאי זה של 'חזר בו הוא או אחר' נכון גם למקרה הראשון בברייתא לגבי ג' ימים ראשונים, או שבתוך ג' ימים ראשונים יכול לחזור בו מההפקר, אף לאחר שזכה בו אחר?

**הרא"ש כתב**שאף בתוך ג' ימים, אינו יכול לחזור בו, לאחר שכבר זכה בו אחר.

**אמנם הר"ן כתב**שתוך שלושה ימים יכול לחזור, אפילו אם זכה בו אחר.

**הרא"ש עצמו הקשה על מסקנתו,** שהרי כל הסיבה שתקנו חז"ל שלא יועיל הפקרו בג' ימים ראשונים הוא בכדי שלא יפקיר שדהו ויחזור בו ובכך יפטר מן המעשר, והרי לפי דברי הרא"ש יוצא שהוא עדיין יכול להפקיר שדהו, ולחזור ולזכות בו ובכך להפטר מן המעשר.

**הרא"ש תירץ** שעדיין הועילה תקנת חז"ל משום שהאדם לא יפקיר סתם שדהו, מפני שהוא יחוש שמא הוא ילקט מצד זה ואחרים ילקטו מצד אחר.**הסמ"ע (יג) הביא את דבריו.**

**הנתיבות (ב)** התקשה בתירוץ זה, וכתב שתירוץ זה אינו מובן לשיטת חכמים הסוברים שקודם תקנת חז"ל ההפקר היה מוציא מידי בעלים, ועל מנת לזכות בו היה צריך האדם לקנותו מחדש מן ההפקר, שהרי אף לאחר התקנה אם יקנהו מן ההפקר, זה יועיל לו לפוטרו מן המעשר, ומה הועילה תקנת חכמים [מילא לשיטת ר' יוסי הועילה התקנה שבתחילה יכל לחזור בו בדיבור בלבד, וכעת צריך לשוב ולעשות מעשה קניין, ומפחד שבנתיים יבוא אחר ויזכה בחלק מן התבואה]

**ותירץ הנתיבות** שקודם התקנה יכל האדם לחזור ולזכות בכל השדה, ואילו לאחר התקנה אינו יכול לזכות בכל השדה, משום שבמעשה זה ניכרת רמאותו, ויכול רק ללקוט פירות מן השדה בתורת זוכה מהפקר, ובמציאות זו האדם יחוש שבנתיים יבוא אחר וילקט מן הצד השני, ולכן לא יעשה כן.

לשון השו"ע:

**המפקיר את שדהו ולא זכה בה אדם, כל שלשה ימים יכול לחזור בו.**
**אחר שלשה ימים אינו יכול לחזור בו, אלא אם כן קדם וזכה בה הרי הוא כזוכה מההפקר, בין הוא בין אחר:**

## סעיף י

### המפקיר לזמן

**הבאנו לעיל בסעיף הקודם את דברי הברייתא הקובעת** כי המפקיר מסויים כגון: ליום אחד, לשבת אחת וכו' יכול לחזור בו לעולם כל עוד לא זכה בו אחר, אך לאחר שזכה בו אחר שוב אינו יכול לחזור בו.

**והבאנו שהגמרא** הקשתה שמדברים אלו משמע שכל עוד לא זכה אחר בהפקר, לא יצא ההפקר מרשות המפקיר וכדעת ר' יוסי, וזאת בניגוד לתחילת דברי הברייתא.

---

[98] נדרים מה. ד"ה 'ר' יהושע'.
[99] הופיע בחוות יאיר סימן מח.
[100] בתשובה הנ"ל.
[101] עיין לעיל סעיף ז שם הבאנו דבריו.

**דעת עולא** שהברייתא הינה כדעת חכמים, ואף הם מודים שניתן לחזור בהפקר לזמן, היות והוא אינו שכיח.
**דעת ריש לקיש** שהברייתא הינה דעת ר' יוסי, ומכול מקום תיקנו תקנה מיוחדת שבהפקר שלא לזמן, לא ניתן לחזור לאחר ג' ימים.
**א"כ יוצא שלדעת עולא** אף להלכה ניתן לחזור מהפקר לזמן.
**ולדעת ר"ל** לא ניתן, משום שזוהי דעת ר' יוסי בלבד.
**הרמב"ם פסק כדברי הברייתא** ומשמע שסבר כעולא.
**אמנם הטור השמיט זאת**, ובדרישה ביאר זאת משון שלדעת ר"ל דין זה אינו להלכה, וכן משום שלדעת היראים כל דברי הגמרא כאן נאמרו ביחס לחיוב מעשר, והקושיא היא על ההבנה שאף ר' יוסי מודה שההפקר יצא מרשות בעלים בשעת ההפקרה, אלא שגזרו שלא יוכל המדיר להנות מן ההפקר, ושאלה הגמרא שהיה לר' יוסי לגזור כן אף במקרה של הפקר שדהו בכדי שלא יערים בשביל להפטר מן המעשר, ומכול מקום לעניין נדרים, חל הנדר מן הרגע הראשון, ושוב אינו יכול לחזור בו.
**השו"ע סתם כדברי הרמב"ם**, שאם הפקיר לזמן, יכול לחזור בו (מלבד ממציאות שכבר זכה אחר בהפקר כמבואר בברייתא).
לשון השו"ע:

**האומר: שדה זו מופקרת ליום אחד, לחדש אחד, לשנה אחת, לשבוע אחד, עד שלא זכה בה הוא או אחר יכול לחזור בו. ומשזכה בה, בין הוא בין אחר, אינו יכול לחזור בו.**

## סעיף יא

לשון הגמרא בב"מ קיח.-:

**אמר רבה:** הבטה בהפקר תנאי היא.

**דתנן:** שומרי ספיחי שביעית נוטלין שכרן מתרומת הלשכה.

**רבי יוסי אומר:** הרוצה מתנדב הוא, ושומר חנם.

**אמרו לו:** אתה אומר כן - אין באין משל צבור!

**מאי לאו בהא קמיפלגי:** דתנא קמא סבר: הבטה בהפקר קני, ואי יהיבי ליה אגרא - אין, ואי לא - לא. ורבי יוסי סבר: הבטה בהפקר לא קני, וכי אזלי צבור ומייתי - השתא הוא דקא זכי ביה. ומה אתה אומר - הכי קאמרי ליה: מדבריך לדברינו אין עומר ושתי לחם באין משל צבור.

**אמר רבא:** לא, דכולי עלמא הבטה בהפקר קני, והכא - חיישינן שמא לא ימסרם יפה יפה קמיפלגי;

**דרבנן סברי:** יהבינן ליה אגרא, ואי לא חיישינן שמא לא ימסרם יפה יפה.

**רבי יוסי סבר:** לא חיישינן שמא לא ימסרם יפה יפה.

ומה אתה אומר - הכי קאמרי ליה: מדבריך לדברינו, דחיישינן שמא לא ימסרם יפה יפה - אין עומר ושתי לחם באין משל צבור.

**איכא דאמרי:**

**רבא אמר:** דכולי עלמא הבטה בהפקר לא קני, והכא בחיישינן לבעלי זרועות קמיפלגי.

דתנא קמא סבר: דתקינו רבנן למיתב ליה ארבע זוזי, כי היכי דלישמעי בעלי זרועות וליפרשו מינייהו.

ורבי יוסי סבר: לא תקינו

ומה אתה אומר - הכי קאמרי ליה: מדבריך לדברינו אין באין משל צבור.

**וכן כי אתא רבין אמר רבי יוחנן:** חוששין לבעלי זרועות איכא בינייהו.
**הגמרא מביאה שדעת רבה שנחלקו התנאים**: אם יכול אדם לזכות בהפקר על יד הבטה בלבד.
**רבה רצה ללמוד כן ממחלוקת התנאים בעניין השאלה אם משלמים כסף לשומרי ספיחי השביעית**:

**לדעת ר׳ יוסי** אין חובה לשלם להם, מפני שהוא עדיין לא זכה על ידי הבטה, וכשיגיע פירות אלו להקדש, הם יחשבו כפירות של ציבור.
**לדעת חכמים** חובה לשלם לו, שכבר קונה בהבטה, ואם לא יהיה פועל של ההקדש, זה יהיה חפץ של ציבור.
**הגמרא מביאה שרבא דוחה את דברי רבה, ויש בזה ב׳ לשונות:**
**לפי הלשון הראשונה** כולם מודים שניתן לקנות על ידי הבטה, ומכול מקום לדעת ר׳ יוסי יכול השומר להקנות את הפירות בלב שלם להקדש, וחכמים חוששים שהיות ולא קיבל שכר, לא יקנה בלב שלם.
**לפי הלשון השניה,** כולם מודים שלא ניתן לזכות בהפקר על ידי הבטה, אלא שלדעת חכמים, תקנו לשלם לשומר, בכדי שאנשים אחרים לא יבואו לזכות בפירות בנתיים. [לפי ביאור זה החשש של חכמים לגבי כך שההקדש יהיה שייך ליחיד, אינו שייך לגבי גוף הפירות, אלא לגבי השכר שמגיע לשומר, שמוחל להקדש, ועדיין נחשב כשלו]
**הגמרא מביאה שרבין בשם ר׳ יוחנן מצדד כלשון השניה**
**אכן הרמב״ם** (נדרים ב, יט) **והטור פסקו כלשון השניה** שהפקר אינו נקנה בהבטה, **וכן פסק השו״ע**.
[הסמ״ע (טז) ציין לכך שמלשון הרמב״ם והשו״ע עולה שכל שניתן להגביהו אינו נקנה במשיכה, וציין למחלוקת בסימן קצח, ששם מבואר בדעת הרמ״א שאף אם ניתן להגביה ואין דרכו להגביה, ניתן לקנות במשיכה.]

לשון השו״ע:
**דבר המופקר שבא אחד ושמרו והיה מביט בו שלא יטלנו אדם, לא זכה עד שיגביהנו אם הוא מטלטל, או יחזיק בקרקע כדרך שקונים הלקוחות.**

## סעיף יב

### הפקר במדברות ובנחלים

לשון השו״ע:
**המדברות והימים והנהרות והנחלים, כל שבהם הפקר וכל הקודם בהם זכה; כגון העשבים והעצים והפירות של אילנות של יער וכיוצא בהם.**
**מקור דין זה ברמב״ם** (זכייה ומתנה א, א)
**וכתב הסמ״ע** שמדובר דווקא בדברים המצויים במדבר ובים, אדבמדבר ובים עצמם לא ניתן לזכות.

## סעיף יג

### הצד חיה ועוף מביבר חבירו, מצודת חבירו, כלי חבירו

לשון השו״ע:
**הצד דגים מהימים ומנהרות, או שצד עופות או מיני חיות, הואיל ואין להם בעלים זכה, ובלבד שלא יצוד בשדה חבירו; ואם צד שם, קנה.**
**ואם היו הדגים בביברין של בעלים, וכן חיה ועוף שבביברים, אף על פי שהוא ביבר גדול והוא מחוסר צידה הרי זה של בעל הביברים, והצד משם הרי זה גזלן.**
**הלוקח דגים מתוך מצודתו של חבירו כשהיא בתוך הים, או שלקח חיה ממצודתו כשהיא פרוסה במדבר, הרי זה אסור מדברי סופרים. ואם היה המצודה כלי, ולקח מתוך המצודה, ה״ז גזלן.**

**מקור דין הראשון בעניין הצד מן הימים**, הינו ברמב״ם (זכיה ומתנה א, ב), וכתב המגיד המשנה שזהו דין פשוט.

**ובעניין הדין השני של הצד מן הביברין של חבירו,** מקורו גם כן ברמב״ם הנ״ל וביאר המגיד משנה שביבר נחשב כחצר משתמרת, ולכן זוכה חבירו בה מן התורה, וכתב שכך מבואר בחולין קמא. בעניין שילוח הקן שחצירו של אדם קונה לו אף שלא מדעתו, וכתב שזהו ק״ו מדין הכלי שיבואר לקמן.

**בעניין הדין השלישי של הצד מן המצודה של חבירו** שנחשב כגזלן מדרבנן בלבד, מקורו במשנה בגיטין דף נט: שהגוזל מהם עובר על גזל משום דרכי שלום (וזאת בניגוד לדעת ר׳ יוסי שם). וביאר

המגיד המשנה שמצודה אינה נחשבת כחצר המשתמרת ולכן לא ניתן לקנות בה ללא עמידה לצידה.

**ובעניין הדין הרביעי שאם המצודה הייתה כלי עובר על גזל מדאורייתא,** כן מבואר בגמרא בדף סא. שמדובר במשנה דווקא בלחי וקוקרי, שאין להם תוך, אך במידה ויש להם תוך, קונים מדין כלי, והגוזל מהם עובר על גזל דאורייתא וכן פסק הרמב"ם (זכיה פרק א הלכה ג), **וכן פסק השו"ע.**

## חיה שנצודה על ידי פתיון, ובא אחר ולקחה

**כתב הקצות (ד)** שכל מה שנאמר שהלוקח מן המצודה, אינו עובר אלא על גזל של דבריהם, זה דווקא במציאות שלא שם פתיון. אך במידה ושם פתיון, הוא קנה את החיה מדאורייתא בקניין משיכה, והלוקח חיה זו עובר על גזל מדאורייתא.
**וכתב הקצות** שזאת בניגוד לדברי תוס' (קידושין נט.) בשם רבינו מאיר אביו של ר"ת שסבר שבמקרה זה, הלוקח עובר על דין המהפך בחררה בלבד.
**וכתב הקצות להוכיח את שיטתו מהמבואר בקידושין כו. לאור דברי תוס'** שם שניתן לקנות פיל ע"י הנחת מאכל של זמורות לפניו, והוא בא. עיי"ש שהאריך בזה.
**הנתיבות (ג) דחה דבריו וכתב** שרק במציאות שפיל קופץ על אוכל שמחזיקו באותו הרגע קנאו מתורת הגבהה, אך כששם פתיון ומגיע לאחר זמן, אין זה נחשב כהגבהה, משום שצריך שהמעשה יעשה בשעת המשיכה וההגבהה.

# סעיף יד

## צייד ששם מצודה בחצר חבירו, מי זוכה בציד?

**במשנה בב"מ יא. מבואר**שיכול אדם לזכות בצבי שבור ובגוזלות שלא עפים המצויים בחצירו מכח קניין חצר. אך לא ניתן לקנות בקניין חצר בצבי שרץ כדרכו או גוזלות שיודעים לעוף.
**ובסימן ר סעיף א מבואר שדעת הרי"ף רמב"ם ורמב"ן** היא שלעולם לא ניתן לקנות בחצר שאינה משתמרת אלא כשעומד לצידו, וכשהיא משתמרת, אין צורך בעמידה לצידו.
**בהלכות זכיה ומתנה**(א, ד)**פסק הרמב"ם** שאדם שפרס מצודה בשדה חבירו, וצד בה חיה או עוף, זכה בה, אע"פ שאין לו רשות לעשות כן, אך במידה ובעל השדה עמד בתוך שדהו ואמר זכתה לי שדי, קנה בעל השדה ואין לבעל המצודה כלום.
**הטור כתב שנראה** שאם החצר משתמרת זכה אע"פ שלא אמר כלום וביאר הב"י שזאת לשיטת הרא"ש (ב"מ א, לא) שסבר שאין צורך באמירה במידה והחצר משתמרת (עיין בזה בב"י בסימן רסח)
**השו"ע פסק כרמב"ם.**
**הרמ"א כתב** שבמידה והחצר משתמרת אין צורך לעמוד בצדה.

## מתי יכול בעל השדה לזכות בחיה שנצודה ברשותו ומתי אינו יכול מכוח שמצויה בכלי אחר?

**הבאנו לעיל שפסק הרמב"ם** שיכול בעל השדה לזכות בחיה הנצודה בשדהו, על אף שהוא אינו בעל המצודה.
**הראב"ד תמה על דברי הרמב"ם**, שלכאורה עולה מדבריו, כי לעולם יכול בעל החצר לזכות בצבי המצוי ברשותו מכוח קניין חצר ולא חילק כלל בין צבי שבור לצבי שאינו שבור.
**המגיד משנה השיב** שוודאי הרמב"ם מודה לדין המשנה וכפי שפסק בעצמו בהלכות גזילה ואבידה (יז, יא),
**וכתב המגיד משנה** שכאן מדובר שכבר ניצודה החיה ורק אח"כ אמר בעל השדה שהוא זוכה בא, וביאר הסמ"ע(כב) שבמקרה זה, הצבי שנמצא במצודה נחשב כצבי שבור שניתן לזכות בו.
**והוסיף המגיד משנה וביאר**שבמקרה זה לא לא שייך לומר שחכמים יתקנו שיזכה בעל המצודה מדין דרכי שלום, כפי שתקנו בכל מצודה, משום שלא תקנו חכמים כן בשדה חבירו.
**המגיד משנה חיזק טענה זו בקביעה**שאפילו במציאות שיצוד בכלי ממש, לא יזכה בשדה חבירו, מפני שלא ניתן לקנות בכלי שלו בחצר חבירו כמבואר בסימן ר סעיף ג בעניין כלי קונה ברשות מוכר, וכל שכן במציאות כאן שאין דעת אחרת מקנה.[102]

---

[102] **האבן האזל הקשה שדברי המ"מ תמוהים** שהרי כתב הרמב"ם שיכול הצייד לזכות בהם, ולפי המ"מ יוצא שאינו יכול משום שהם ברשות בעל השדה.
**וכתב האבן האזל שצריך לומר ששבר המ"מ** שהלוקח זכה רק ביחס לאחרים, אך לא ביחס לבעל השדה,
**וכתב אבן האזל** שזהו דוחק, שהרי לכאורה, אם לא זכה, לא זכה כלל.

**הלחם משנה תמה על דברי המגיד משנה**,שלכאורה לפי דימויו של המגיד משנה, אף בעל החצר אינו יכול לקנות, משום שהחיה מצויה בכלי הציד, ואין הלוקח יכול לקנות בכלי מוכר אף במידה שהם מצויים ברשות לוקח כמבואר בסימן ר סעיף ה.
**הלחם משנה השאיר קושיא זו בצריך עיון.**
**הקצות (ה) כתב לתרץ** שכליו של מוכר חוצצים ברשות לוקח, רק במידה והלוקח נתן רשות למוכר להניח את כליו בחצירו, ובזה יתכן שהשאיל לו גם את המקום, ולכן הלוקח אינו יכול לזכות באותו חפץ על אף שנמצא ברשותו, אבל במקרה שלנו שהניח הצייד מצודתו שלא ברשות, אין כליו מפסיקים, ופשוט שיכול בעל החצרלזכות במה שנמצא בחצירו.
**הנתיבות (ג) דחה את דברי הקצות** לאור שיטתו בסימן ר, שהסיבה שלא ניתן לקנות בכלי מוכר ברשות לוקח, היא משום שהחפץ נמצא באוויר שאינו סופו לנוח על גבי קרקע.
**וכתב** הנתיבות שיש להוכיח כן מהגמרא בב"מ קב. שם מבואר שאם הדביק כלי בשולי פרה, לא קנה בעל החצר את הגללים, משום שהכלי מפסיק.
**אך כתב הנתיבות** שמכול מקום אין זה ראיה לדעת הרמב"ם והמ"מ מפני שהם ביארו (שכירות ו, ה) גמרא זו באופן אחר, והוא שמדובר בחצר השכורה לבעל הכלי, ושיש לו רשות להניח שם את כליו. ודווקא במציאות זו, לא יכול בעל החצר לקנות דבר שנמצא בכלי של מוכר.
**וכתב הנתיבות** שלכאורה יצא שהשאלה מי קונה במציאות שהכלי שייך לאחד והחצר לאחר, תלויה במחלוקת הראשונים בפירוש גמרא זו, שלדעת הרמב"ם בעל החצר קונה, ולדעת רש"י ותוס' בעל הכלי קונה, כמבואר לעניין מדביק כלי בשולי פרה.
**אך לבסוף כתב הנתיבות** שנראה שאף רש"י ותוס' שפירשו את הגמרא במציאות שהניח את הכלי שלא ברשות, יכולים להודות שיכול בעל השדה לקנות חיה המצויה בשדהו במצודת חבירו, וזאת משום שניתן לומר שדווקא במציאות שבעל השדה אינו נמצא בשדה, הוא אינו יכול לקנות, אך כשהוא נמצא, הוא יכול לקנות, משום שהוא יכול כעת לסלק את הכלי.

## מתי יכול בעל המצודה לזכות בחיה שנצודה ברשותו של אחר, ומתי רשותו של האחר מעכבת?

**כפי שהבאנו לעיל,** עולה מדברי הרמב"ם כי יכול בעל מצודה לזכות בחיה שנצודה במצודתו על אף שנמצאת ברשות אחר, ורק במידה ובעל השדה מעוניין לזכות, זכה בעל השדה.
**אמנם מהפיסקא הקודמת עולה** כי לכאורה בעל המצודה אינו יכול לקנות ברשותו של אחר כדין לוקח שאינו יכול לקנות בכליו המצויים ברשות מוכר.
**ועיין בהערה102 שם הבאנו שלדעת אבן האזל בדברי המ"מ,** יכול הלוקח לקנות רק ביחס לאחרים ולא ביחס לבעל השדה.
**וכן פירש מרכבת המשנה להלכה,** אך סייג זאת במציאות שאין למצודה תוך.
**אמנם אבן האזל עצמו כתב** שנראה שיכול הלוקח לקנות לחלוטין, אך רק במידה ונצודה קודם שאמר בעל השדה שברצונו לזכות בחיה
לשון השו"ע:

**הפורס מצודה בשדה חבירו וצד בה חיה או עוף, אף על פי שאין לו רשות לעשות דבר זה, קנה. ואם היה עומד בעל השדה בתוך שדהו ואמר: זכתה לי שדי, קנה**

---

**ואבן האזל כתב שפשטות הרמב"ם היא** שבעל השדה אמר כן קודם שנצודה החיה, ורק באופן זה זוכה בעל השדה, אך אם כבר זכה בה בעל המצודה, שוב אינו יכול לזכות בחיה, וכתב האבן האזל, שהמ"מ לא פירש כן, משום קושיית הראב"ד שקודם שנצודה החיה לא ניתן לזכות בה כלל. אך האבן האזל השיב שאין זה קשה כלל, משום שיש לפרש שכוונת בעל השדה היא שהוא יזכה בחיה זו, בזמן בה הוא יוכל לזכות, וזאת רק לאחר שהיא נצודה. עוד האריך לבאר שלא שייך לדמות דין זה לקניין בכלי לוקח ברשות מוכר, משום שכאן אין לבעל המצודה אין רשות להניחו שם, ואין לו דין חצר, וממילא לא זוכה בעל המצודה, ויכול לזכות בעל השדה, וזאת בדומה לדברי הקצות שנביא לקמן.
(אך לא הבנתי, א"כ כיצד קנה בעל המצודה במידה ובעל השדה לא אמר קודם שיזכה בה, והרי לא הכניס מצודתו ברשות וצ"ע).
**ועיין במרכבת המשנה (חעלמא)** שביאר בפשטות כהבנת אבן האזל במ"מ שמה שאמר הרמב"ם שזכה הלוקח, פירושו ביחס לאחרים שאינם יכולים לזכות שדינו כעני המהפך בחררה, אך פשוט שיכול בעל השדה לזכות בו, אך כתב שזה דווקא במציאות שאין למצודה תוך, ולכן יכול בעל השדה לזכות בה, אך במידה ויש לה תוך, יתכן שלא זכה בה אף אדם משום שכמובן שאין זכות לבעל המצודה לזכות בשדה חבירו, וגם אין יכולת לבעל השדה לזכות בזה, משום שכלי המצודה מעכב כדין כלי מוכר ברשות לוקח, וזה שלא כמ"מ וכקושיית הלחם משנה, עי"ש.
**אך נראים דברי אבן האזל** שהבאנו לעיל שכתב שמדברי הרמב"ם נראה שהלוקח זכה לחלוטין אף ביחס לבעל השדה.
**על כן נראה לבאר כדברי האבן האזל** שבמידה ולא אמר בעל השדה שיזכה בחיה קודם שנצודה, זכה בעל המצודה, ונראה בטעם הדבר שאין לדמות מציאות זו לכלי לוקח ברשות מוכר, משום שבעל המצודה זוכה בחיה מן ההפקר ולא מבעל השדה, ולכן הוא יכול לקנות אף בשדה חבירו, ורק במידה ורצה בעל השדה לזכות בחיה, הוא קודם לזכות, (סברא זו שמעתי מר' מבורך טוויטו).
**עיין עוד בדברי יד המלך** (פאלומבו) שביאר שהלוקח זכה רק ביחס לכך שלא זכה בעל השדה ויכול אחר לזכות בו, קודם שיאמר בעל השדה שהוא זכה, והוא דחוק.

**בעל השדה ואין לבעל המצודה כלום.** (וה״ה אם החצר משתמר, אף על פי שלא עמד בצד שדהו) (טור סימן רס״ח):

## סעיף טו

### דגים שקפצו לתוך ספינה

**מבואר בגמרא בב״מ ט:** שאם קפצו דגים לתוך ספינה, זכה בעל הספינה בדגים, וזאת על אף שחצר מהלכת אינה קונה, משום שהספינה נחשבת כמונחת, אלא שהמים מטלטלים אותה.
לשון השו״ע:

**דגים שקפצו לתוך הספינה, קנה בעל הספינה, שזו כחצר המשתמרת היא ואינה חצר המהלכת, שהמים הם שמוליכין אותה ואינה הולכת מחמת עצמה.**

## סעיף טז

### דין הלוקח פירות שקטף העני

לשון המשנה בגיטין נט.-:

אלו דברים אמרו מפני דרכי שלום...

עני המנקף בראש הזית - מה שתחתיו גזל, מפני דרכי שלום,

**ר׳ יוסי אומר:** גזל גמור.

**מבואר במשנה** שלדעת חכמים אם אדם לוקח את מה שהעני חותך מן העץ, הוא מחוייב להשיב לו רק משום דרכי שלום, אך מדאורייתא העני לא זכה במה שחתך, וזאת בניגוד לדעת ר׳ יוסי שסבר שזהו גזל גמור.
**בברייתא בדף סא מבואר** שאם העני כבר ם ליקט ונתן ביד – הלוקח ממנו עובר על גזל גמור, הואיל וכבר זכה בזה העני.

לשון השו״ע:

**עני המנקף** (פי׳ חותך כמו ונשאר בו עוללות כנוקף זית (ישעיה יז, ו), רש״י) **בראש האילן ומשיר פירותיה ונפלו לארץ אם באו לידי העני קודם שנפלו לארץ קנאם ואם נטלן אחר אחר שנפלו לארץ מוציאין מידו אבל אם לא באו לידו מתחלה אין בהם משום גזל להוציאם מיד הנוטל אבל לכתחלה אסור לו ליטלם.**

## סעיף יז

### דין שחלים הגדלים בשדה פשתן

לשון השו״ע:

**שחלים** (פי׳ הרמב״ם בערבי חבשא״ר ובלע״ז קישרין) **הגדלים בשדה פשתן מותר כל אדם ליטלן מפני שהם הפקר שמפסידים הפשתן, ואם הם עומדים על המצר או שהוקשו לזרע אסור.**

כן מבואר בגמ בב״מ קז.

## סעיף יח

### דין שדה שיש בו כלאיים

לשון השו״ע:

**שדה שיש בו כלאים אם יש בו אחד מכ״ד ממין אחר מפקירין בית דין כל השדה.**

**מקור דין זה במשנה בשקלים**(פרק א משנה ב)
**ובטור כתב** שכל שדה שיש בו כלאים הרי הוא הפקר וכל הקודם לזכות בזרעים שבה קנאם.
**אך הב״י תמה עליו** וכתב שהשדה אינה נעשית הפקר עד שב״ד יפקיר אותה.
**אמנם הסמ״ע (כז) צידד בדברי הטור**, וכתב שחכמים תקנו שתיעשה השדה הפקר מאליה, מהטעם המבואר במשנה שנתרבו עוברי עבירה שלא היו נזהרים באיסור כלאים.

# סימן ערה
## **דין הזוכה בנכסי עובד כוכבים שנתגייר ומת בלא יורשין** ובו לא סעיפים.

## סעיף א

### זכיה בנכסי הגר

**ממספר מקומות בש"ס עולה**(ב"ב מב. קמט. קידושין יז:) כי נכסיו של גר שלא הותיר ילדים יהודים, הינם הפקר, וכל הקודם לזכות בהם, זכה, **וכן פסק השו"ע.**

לשון השו"ע:

**גר שמת ולא הניח בן שהורתו ולידתו בקדושה, אף על פי שיש לו בנים שהורתם שלא בקדושה ולידתם בקדושה, כל נכסיו הפקר וכל הקודם בהם זכה.**

## סעיף ב

### האם מחוייבים הזוכים נכסי הגר לקברו?

**כתב הטור בשם אביו הרא"ש בתשובה** (כלל טו סימן ג)**,** שהזוכים בנכסי הגר, אינם מחוייבים לקברו באותם נכסים, משום שזכייתם אינה בתורת ירושה, אלא זכייה מן ההפקר, ואין להם חובה כלפיו יותר מאדם אחר.

**הרא"ש נימק דין זה בכך** ששעבוד הקבורה אינו חל על הנכסים, וראייתו מכך שבעל חוב שלקח נכסיו מן המת אינו מחוייב לקברו.

**השו"ע פסק את דברי הרא"ש להלכה.**

**הב"ח ערער על פסיקת הרא"ש**, והשגתו מורכבת מג' טיעונים מרכזיים:

א. דימויו של הרא"ש לדינו של בעל חוב אינו נכון, משום שלבעל חוב יש שעבוד בנכסים והוא נחשב כמוחזק בהם, ולכן פשוט שבשעת מיתתו של בעל הנכסים, לא חלים על נכסים אלו שעבוד קבורה, וזאת משום שבעל החוב כבר מוחזק בהם, ואין זה דומה כלל לדין הזוכה מנכסי הגר, שהיות ונכסים אלו אינם משועבדים לאף אדם בשעת מיתה, כבר נשתעבדו נכסים אלו לצורך קבורתו.

ב. הסמ"ק (סימן קפו) הביא את דברי מה"ר חיים שסבר שאף אשה שגובה כתובתה מחוייבת לקבור את המת מנכסים אלו, משום ששעבוד הנכסים לקבורה מפקיעים את הירושה מדאורייתא.
וכתב הב"ח שאמנם להלכה איננו מורים כן, מכול מקום ניתן ללמוד מדבריו שהנכסים משתעבדים לקבורתו של אותו אדם, ולכן כשאינם משועבדים לאף אדם, יש לקברו מהם תחילה.

ג. המת קונה כל מה שנמצא בד' אמותיו, כדין כל אדם הקונה בד' אמות כמבואר בב"מ י. וכל הבית בו מת חשוב כד' אמות, ומבואר שהטעם שתקנו שיקנה הוא בכדי שלא יבואו לידי מריבה, וכל שכן שבמת תיקנו שקונה בד' אמותיו.

**הש"ך (א) כתב** שדברי הב"ח אינם מוכרחים.

לשון השו"ע:

**גר שמת ובזבזו ישראל כל נכסיו, אין הזוכים בנכסיו חייבים בקבורתו יותר משאר כל ישראל.**

## סעיף ג

### החזיק בחלק מקרקע הגר, אם קנה את כולה?

לשון הגמרא בב"ב נד.-:

**איתמר**: שדה המסויימת במצריה:

**אמר רב הונא אמר רב**: כיון שהכיש בה מכוש אחד - קנה כולה.

**ושמואל אמר**: לא קנה אלא מקום מכושו בלבד.

ושאינה מסויימת במצריה, עד כמה?

**אמר רב פפא**: כדאזיל תיירא דשורי והדר.

**נחלקו האמוראים בדבר** מציאות שהחזיק אדם בחלק מסויים מקרקע הגר:

**רב הונא בשם רבסבר** שדי בהחזקה זו בכדי לקנות את כל השדה.
**שמואל סבר** שקנה רק באותו מקום בו עבד בשדה.
**בהמשך הגמרא מתואר** כי רב נחמן פסק להלכה כשיטת רב שדי בפעולה קטנה בשדה בכדי לזכות בכל השדה במידה והיא מוגדרת בגבולות ברורים, **וכן פסק השו"ע.**

## כיצד מחזיק בשדה הגר שאינה מסויימת?

**כפי שהבאנו לעיל מבואר בגמרא** שלשיטת רב במידה ושדה הגר מוגדרת בגבולות ברורים, אם עשה פעולה במקצת מן השדה זכה בכולה.
**הגמרא דנה בשיטת רב**(ע"פ ביאור רשב"ם) ושואלת מה יהיה הדין במקרה שאין לשדה גבולות ברורים והיא פתוחה לרשות הרבים או לשדות אחרים.
**הגמרא הניחה** שבמקרה זה לא תועיל פעולה קטנה של הכשת מכוש בכדי לקנות את כל השדה.
**לפירושו של רשב"ם שאלת הגמרא היא**, מהי הפעולה המינימלית שיצטרך לעשות בכדי לזכות בכל השדה?
**לפי פירוש זה השיב רב פפא** שבכדי לזכות בכל השדה, הוא צריך לחרוש בצמד בקר שתי שורות בשדה מקצה אל קצה, ואף חרש פעמים מצפון לדרום, זכה בכל השדה גם ממזרח למערב (כן פירש רשב"ם).
**תוספות** (ד"ה ושאינה)**דחו את פירושו של רשב"ם וביארו** ששאלת הגמרא היא כמה יזכה בשטח השדה במידה ויכיש הכשה אחת בשדה.
**לשיטתם השיב רב פפא**שבהכשת מכוש אחד הוא קונה כשיעור תלם בתוך השדה,והפירות היו יודעות לחרוש רק כשיעור תלם, ולאחר מכן חזרו על מקומן.
**כדברי תוספות סברו ראשונים רבים, הלא הם:הרמב"ם** (זכיה א, י)**רשב"א**(ב"ב נד.ד"ה אמר רב פפא)**רמב"ן**(ב"ב נד : ד"ה עד כמה)**הר"ן**(נד : ד"ה אזיל תיארא) **והרא"ש** (ב"ב פרק ג סימן סד).
**וביאר הרא"ש** שהשיעור הוא : 'כשיעור מענה לאורך השדה ולרחבו, ואם ניכש בגבולי השדה באמצע השדה קנה מלוא מענה לימינו ומלוא מענה לשמאלו ומלוא מענה לפניו מרובע כגון אם המענה מאה אמה קנה מאתים אמה על מאה ואם ניכש באמצע השדה קנה מאתים על מאתים.
**הטור כתב כדברי הרא"ש.**
**השו"ע נקט כלשון הרמב"ם** שהשיעור הוא בכדי שיילך הצמד בשעת החרישה ויחזור, וכדברי הגמרא.

[**לקמן בסעיף ח נראה** שיש מציאויות בהם יכול לזכות בנכסי הגר שאינה מסויימת, אף כשאינו מחזיק בכל השדה :
**לשיטת הרמב"ן והרא"ש** במידה והשדה הינה בית השלחין.
**ולדעת המ"מ ברמב"ם** ניתן לקנות בחזקה במקצת בכל פעולות ההחזקה מלבד הכשה במכוש.,
לפי ביאור הב"י ברמב"ם יבואר שם שניתן לקנות בהכל במידה והכוון לכך במפורש, ולהלכה כולם מודים לדין זה, ויבואר לקמן בע"ה.]

לשון השו"ע :

**שדה המסויימת במצריה, כיון שהכיש (**פי' רש"י כיון שחפר בה בהכאה אחת**) מכוש אחד קנה את כולה. ואם אינה מסויימת במצריה, קונה ממנה באותו מכוש כדי שילך הצמד בשעת חרישה ויחזור:**

## האם קניין אגב מועיל בהפקר?

**הקצות (א) הסתפק** האם ניתן לקנות מן ההפקר ע"י קניין אגב, כגון במציאות שקניין חצר אינו מועיל משום שהחצר איננה משתמרת.
**תורף הספק הוא**, האם בשביל להקנות בקנין אגב יש צורך בדעת אחרת מקנה, וממילא אין זה מועיל בהפקר, או שאין צורך בדעת אחרת מקנה, ומועיל בהפקר.
**למסקנה מסיק הקצות**שניתן לקנות מן ההפקר על ידי קניין אגב וזאת במידה והדבר שנקנה, צבור בקרקע בטעם הדבר כתב הקצות שכאשר הוא צבור בקרקע, הוא נחשב כחלק מהקרקע ממש, וממילא נקנה אגב הקנאת הקרקע. והסיבה שניתן לקנות בהפקר רק כשהוא צבור בקרקע, זאת משום שאם אינם צבורים יש צורך באמירת 'קני אגב קרקע', ואמירה זו צריכה להיאמר דווקא ע"י המקנה, והיות ואין מקנה, אין זה יועיל.
**הקצות מביא מספר הוכחות לדבריו:**

א. **מבואר בגמרות** בעניין נכסי הגר שניתן לקנות בית בנכסי הגר, ולכאורה לפי הסוברים שבית נחשב כתלוש (עיין סימן צה ), על כרחך שהקנין נעשה מכוח קניין אגב, והביא שכן כתב המגן אברהם (סימן תרלז ס"ק ז).
**אך כתב הקצות** שניתן לדחות ראיה זו, ולומר שהבית נקנה בתורת חצר, וזאת ע"פ מה שכתב הקצות בסימן רב ס"ק ג שניתן לקנות חצרו ומתנתו כאחד.

ב. **הגמרא בב"ק**(קיז :)**מביאה מחלוקת בין חכמים לר' אליעזר** בדבר אדם שגזל קרקע ופרה רבוצה בתוכו ושטפה נהר (ע"פ העמדת הגמרא).

**לדעת ר׳ אלעזר** הוא חייב על נזקי השדה והפרה.
**ולדעת חכמים**, יכול הגזלן לומר: הרי שלך לפניך.
**ומבואר בגמ׳** שהמחלוקת היא האם ניתן לגזול קרקע. לשיטת ר״א ניתן לגזול קרקע, וממילא ניתן לגזול גם את הבהמה, ולדעת חכמים לא ניתן לגזול את הקרקע, וממילא גם לא ניתן לגזול את הבהמה.
**וביאר רש״י** שלשיטת ר״א הבהמה נקנית בקניין גזילה, בקנין אגב של השדה.
**וביאר הקצות** שההכרח של רש״י לומר שהקנין הינו קנין אגב ולא קנין חצר, הוא משום שחצר אינה קונה אלא משום רשות וגזלן קונה את הגזלה רק כדי להתחייב באונסיה אבל בגוף החצר הגזולה אין לו כלום.
**מדברי רש״י הנ״ל הוכיח הקצות** שלמרות שקניין גזילה נעשה ללא דעת אחרת מקנה, מועיל בו קנין אגב, והסיק הקצות שהוא הדין לענין הפקר.
(הקצות גם ראה בגמרא זו ראיה נצחת לשיטת הרמב״ם שכאשר המטלטלים צבורים בקרקע, ׳אין צורך באמירת אגב וקנה׳, שהרי זה מועיל גם בגזל כשאין אמירת ׳לך וקנה׳, עיין בזה בסיכומינו לסימן רב)

ג. **לקמן בסעיף יא. נביא את דברי הגמרא בב״ק מט:** שדנה בשאלה, אם המחזיק בשטרותיו של הגר זכה בנייר, או שהיות וכל עניין החזקת השטר היא על דעת הקרקע שבו כתוב השטר, לא הצליח לקנות אף את הנייר עצמו.
**וביאר שם הרשב״א** שלפי הצד שלא זכה גם בנייר, יכול הזוכה בקרקע להוציא ממנו אף את השטר, משום שקנה בו בקניין אגב שקנה את החצר, שהרי שטר ׳אפסרא דארעא׳ הוא.
**וכתב הקצות שמוכח מכאן** שאף בנכסי הגר, ניתן לקנות בקניין אגב, והוסיף הקצות שאין להקשות שלפי דברי הרשב״א ניתן לקנות אף כשהשטר אינו צבור בקרקע, משום שהשטר לעולם נחשב כנמצא על הקרקע, משום שהוא ׳אפסרא דארעא׳ וכפי שכתב הרשב״א.

**בהמשך נתקשה הקצות מדברי הגמרא בב״מ יא.** ממנה עולה שאם טובת הנאה אינה ממון ואינה נקנית בחליפין, הוא הדין שלא תקנה בקנין אגב (שם מדובר על ר״ג שרצה להקנות את המעשר ראשון ליהושע שהוא לוי, ומעשר עני לר״ע, ואמרה הגמרא שלר״ג יש בפירות אלו טובת הנאה בלבד, היות וגוף הפירות צריכות להנתן למעשר, ולכן לשיטה שטובת הנאה אינה ממון, הוא אינו יכול להעביר את הפירות לר׳ יהושע ור׳ עקיבא בקנין חליפין ובקניין אגב).
**והקשה הקצות** שלפי שיטתו היה נראה לומר לא כך, שהיות וטובת הנאה אינה ממון, היא נחשבת כהפקר שאינו שייך לבעלים, ולכן לא נקנה בקניין סודר, אך מכול מקום ניתן לקנותה בקניין אגב, כשם שהפקר נקנה בתורת אגב.
**אך תירץ הקצות לאור דברי השטמ״ק**(ב״מ יא. ד״ה ׳טובת הנאה׳) שביאר שטובת הנאה יכולה להחשב ממון, ומכול מקום לא תועיל בקנינים אלו משום שאינה ממון חשוב, והואיל וטובת ההנאה שייכת עדיין לר״ג, הוא אינו יכול להעבירה ללא קניין חשוב, ולכן קנין סודר ואגב אינו מועיל בהם, (עוד האריך הקצות לדון בסוגיא זו דב״מ וחקר אם למ״ד טובת הנאה ממון אף גוף הפירות קנוי, או רק טובת ההנאה, וכתב שלשיטה הסוברת שגוף הפירות אינו קנוי לו, על כרחך צריך לומר שר״ג הקנה את טובת ההנאה בחצר, אך את גוף הפירות בקנין אגב).
**הנתיבות בסימן רב ס״ק ב וכן בסימן שלנו ס״ק א השיג על הקצות וכתב** שלא ניתן לקנות אגב בהפקר, הואיל ודין זה נלמד מפסוק שעוסק במתנה, שיש בו דעת אחרת מקנה, ולא ניתן ללמוד ממנו להפקר שאין בו דעת אחרת מקנה.
**ובסימן רב כתב לדחות את ראייתו מב״ק קיז**, וכתב בתחלה שיתכן רש״י לא התכוון שקנה בקניין אגב אלא בקניין חצר, והשיב על דברי הקצות שכתב שקניין גזילה בחצר אינה מועילה בשביל לקנות בה בתורת חצר, וכתב על כך הנתיבות שלעניין לקנות דבר על החצר בתורת גזל זה מועיל, ורק לקנות מטלטלים ממש בחצר זו, אין זה מועיל.
**עוד כתב הנתיבות** שיתכן שר״א סבר ש׳סתם גזילה יאוש בעלים׳, וממילא זה נחשב שיש כאן דעת אחרת מקנה, ולכן קנה בקניין אגב, וביאר הנתיבות שנוח לנגזל להקנות לו את המטלטלים בקניין גזילה לעניין זה שהתחייב באונסים.
**עוד דחה הנתיבות** (בסימן שלנו) **את הראיה מדברי השטר לעניין שטר,** וכתב ששטר שונה משאר דברים שהוא נחשב ממש כחלק מהקרקע, ולכן ניתן לזכות בו כאשר הוא קונה את הקרקע, אף ללא דעת אחרת מקנה.
**עוד כתב הנתיבות** (בסימן שלנו) **שהראיה הכי חזקה כנגד שיטת הקצות** היא מה שהבי א בעצמו מהגמרא בב״מ יא. ומה שתירץ בזה דחוק לכל מעיין, ואין מן הצורך להשיב.

[הקצות עצמו הביא מספר טענות שכתב לו גדול אחד כנגד דבריו, את השבותיו:

א. **הגמ׳ בקידושין כז. הסתפקה** האם ניתן להקנות את הקרקע לאחד ואגב כך את המטלטלים לאחר, ולא הגיע להכרעה.
**ושאל אותו גדול** מדוע לא הסתפקה הגמרא להיפך שיקנה מטלטלים של אחד ע״י קרקע שקנה אצל אחר, שהרי לדעת הקצות קנין אגב יכול לעבוד מכוח דעתו של הקונה, אף ללא דעת מקנה.
**הקצות דחה קושיא זו בפשטות וכתב,** שפשוט שכל שיש בעלים שונים לחפצים, אין הדבר תלוי בדעת הקונה, כשם שניתן לקנות כמה שדות של אדם אחד ע״י חזקה בשדה אחת, ופשוט שלא ניתן כמה שדות של כמה אנשים ע״י החזקה בשדה אחת בלבד, וזאת אע״פ שאין מיצר מפריד בינהם.

ב. **הגמרא בב״מ כו. מניחה** שחפץ שנמצא בתוך כתליו של אדם, אינם נקנים לאותו אדם באופן אוטמטי.
**ומקשים על כך תוספות**(ד״ה ׳דשתיך׳) מדוע שלא יקנו לו בתורת חצר.
**והקשה אותו גדול** מדוע לשיטת הקצות לא שאלו שיקנה באגב.
**אף קושיא זו דחה הקצות בפשטות וכתב,** שפשוט שקניין אגב נקנה רק ע״י דעתו של הקונה כשאר כל הקניינים, ולכן הקשו תוס׳ רק מכוח קנין חצר שקונה אף ללא ידיעתו של האדם].

## אדם שהדיר עצמו מנכסיו האם נהיו נכסיו הפקר?

**הנתיבות (א) האריך לדון בשאלה** אם כאשר אדם מדיר עצמו מנכסיו, נעשים נכסיו הפקר, ויכול אחר לזכות בהם.
**והביא הנתיבות שהמחנה אפרים** (זכיה והפקר סימן ד) **הביא שמדברי הרשב"א עולה** שנעשו נכסיו הפקר.
**אלא שהמחנה אפרים הסיג עליו וסבר** שלא נעשו נכסיו הפקר.
**והנתיבות האריך לצדד בדברי הרשב"א** שנעשו נכסיו הפקר.

**כעת נציג את הדיון ממקורותיו:**

**במשנה נדרים (יא,ג) נאמר** שאם נודר אדם שכהנים מסויימים לו יהנו מפירותיו, דבריו קיימים, וכהנים אחרים יטלו ממעשרות פירותיו, אך אם נודר שכל הכהנים והלוים לא יטלו מפירותיו, נוטלים הכהנים והלווים בעל כרחו.
**הגמרא בנדרים**(פד: -פה.) **מתקשה בסברת דברי המשנה**, משום שמכך שיכול לידור שכהנים מסויימים לא יטלו, משמע שיש לאותו אתם אמירה ביחס למעשרות, כלומר שטובת ההנאה (שיכול לבחור למי לתת את המעשר) נחשבת כממון, אך מההלכה שאינו יכול לאוסרם על כל הכהנים, משמע שאין לו אמירה ביחס למעשרות, כלומר שטובת הנאה אינה נחשבת כממון.
**לאור קושי זה מבאר רבא** שהסיבה שבעל הפירות אינו יכול לאסור את פירותיו על הכהנים, היא משום שהוא עצמו הסיר מעליו את הכוח היחיד שהיה לו בפירות אלו, והוא ליתנם לכהנים, וממילא לגבי חשובים פירות אלו כעפר, ויכול כל אדם לזכות בהם.
**הר"ן**(ד"ה ומהא) **הביא שהרשב"א למד מגמרא זו** שאם אדם אסר את פירותיו על עצמו, יכולים אחרים ליטול אותן בעל כרחו ואינו יכול לעכב, משום שכרגע אין לו שום שייכות לגבם, ואף שיכול לישאל על נדרו, סוף כל סוף כעת כל עוד לא נשאל, ומכול מקום במידה וישאל ויתיר לו נדרו, יצטרכו הזוכים לשלם לו, משום שהחכם התיר לו את נדרו למפרע (אמנם בנקודה האחרונה חלק עליו הר"ן וכתב שנראה שלאחר שכבר זכו אחרים, לא תועיל שאלה, עי"ש).
**המחנה אפרים תמה על דברי הרשב"א**, וכתב שדימוי לגמרא בנדרים אינו נכון, משום שבמקרה בנדרים, לא היה לבעל הפירות זכות בגוף המעשר, אלא ביכולת לבחור למי לתת, וכאשר סילק עצמן מיכולת זו, שוב אין המעשרות שייכים לו, אבל בפירות שלו, על אף שנדר שלא יהנה מהם, מכול מקום לא נסתלק מבעלות על גוף הפירות, אלא שאסור לו להנות מהם, ויש לזה נ"מ כגון שיכול ליתן פירות אלו לבניו, וללוות ובע"ח באין ונפרעין מהן כמבואר בנדרים דף מ"ז.
**הנתיבות צידד במסקנת הרשב"א** וכתב שדימוי נכון, שהרי למ"ד שטובת הנאה ממון, אז גם במעשרות יש לבעל הפירות בעלות בגוף המעשר, ואעפ"כ אם שלל מעצמו ע"י נדר את היכולת ליתנם למי שירצה, נעשו המעשרות הפקר, וזה דומה ממש לנודר הנאה מנכסיו.
**וביאר הנתיבות** שאין להקשות כיצד הנודר הנאה מנכסיו נותנה לבניו, משום שמבואר בר"ן בדף מז שהכוונה היא שהוא מראה להם מקום והם לוקחים לבדם, והכוונה שלוקחים מתורת הפקר, ולא שהוא מקנה להם, וכן ביאר שמה שנאמר שבעלי חובות נפרעים מאותם נכסים, זה דווקא קודם שאחרים זכו בהם, וכל החידוש שאינם יכולים לומר שזכו מן ההפקר ולגבות שוב מהלווה, והסיבה שאינם יכולים לומר כן היא משום שכאשר האדם מדיר עצמו נכסיו, נכסיו אינם יוצאים מרשותו ממש כהפקר, אלא דומה דינם לדין יאוש, ולשיטת הנתיבות (סימן רסב ס"ק ג)ביאוש החפץ אינו יוצא מרשות בעליו עד שיזכה בו אחר, ולכן במידה והבעל חוב תפסו בשביל פרעון חוב ולא לזכות מהפקר, נפרע זה מחובו.
על פי זה ביאר הנתיבות מדוע לדעת הר"ן לא יועיל שהמדיר עצמו ישאל על החפץ, משום שבאותה שעה שלא יכל למנוע מאחר מלזכות, כבר נתייאש מן החפץ, ויכל אחר לזכות בו, ולא יועיל שכעת הותר נדרו, שהרי בשעת היאוש, כבר זכה אחר בנכסיו.

## הנודר הנאה מנכסיו, אם יכול ליתנם לצדקה?

**הבאנו לעיל שנחלקו המחנה אפרים והנתיבות,** אם כאשר מדיר אדם עצמו מנכסיו, יכולים אחרים לזכות בהם.
**עוד נחלקו הקצות והמחנה אפרים,** אם יכול המדיר נכסיו לתת מנכסיו לצדקה:
**לדעת המחנה אפרים** יכול המדיר נכסיו, לתת מנכסיו לצסקה , משום שמצוות לאו להנות ניתנו, וסוף כל סוף הוא הבעלים על הפירות.
**הנתיבות כתב על דבריו:** 'ישתקע הדבר', שהרי מבואר במסכת ראש השנה (כח.) שהנודר ממעין, אינו יכול לטבול בימות החמה משום שיש לו בזה הנאת הגוף, ואף בנתינת צדקה יש הנאה בזה שהעני מחזיק לו טובה. ועוד שפוטר את עצמו מלתת מכספיו שאינו אסור בהם.

## סעיפים ד, ה, ו

### מהי הגדרה של גבולות השדה?

**התבאר בסעיף הקודם** שבזכיה משדה הגר, ישנו הבדל בין שדה שיש לה גבולות לשדה שאין לה גבולות.
בשדה שיש לה גבולות יכול לזכות בכולה ע"י החזקה במקצת, ובשדה שאין לה גבולות, הוא אינו יכול.
בסעיף זה נדון מהם הדברים המוגדרים כגבולות השדה.
לשון הגמרא בב"ב נה.

**אמר רב אסי א"ר יוחנן:** המצר והחצב מפסיקין בנכסי הגר, אבל לענין פאה וטומאה - לא.

**כי אתא רבין אמר רבי יוחנן:** אפילו לפאה וטומאה.

פאה - מאי היא? דתנן, ואלו מפסיקין לפאה: הנחל והשלולית, ודרך הרבים ודרך היחיד, ושביל הרבים ושביל היחיד הקבוע בין בימות החמה ובין בימות הגשמים.

טומאה - מאי היא? דתנן: הנכנס לבקעה בימות הגשמים וטומאה בשדה פלונית, ואמר: הלכתי למקום הלז ואיני יודע אם נכנסתי לאותו מקום ואם לאו - ר"א מטהר, וחכמים מטמאין, שהיה ר"א אומר: ספק ביאה - טהור, ספק מגע טומאה - טמא.

**מבואר בגמ'** שמצר וחצב מוגדרים כגבולות בנכסי הגר.
**ומבואר בערוך שמצר פירושו** כמשעול הכרמים (במדבר כב, כד) שעוברים בו בני אדם משדה לשדה.
**וברשב"ם מבואר שחצב פירושו** אילן או עשב שבו תיחם יהושע בן נון את הארץ, כמבואר לקמן בדף נה. במושג 'חצובא'.
**הגמרא דנה** בהגדרת גבולות גם לעניין סוגיות אחרות כגון דיני פאה ושבת, ובהקשר לזה נותנת הגמרא הגדרות נוספות לגבולות: הנחל והשלולית ודרך הרבים ודרך היחיד ושביל הרבים ושביל היחיד.
**וכתב הרמב"ם**(זכיה ומתנה פרק א הלכות יא- יב) שכל המפסיק לעניין פיאה טומאה ושבת, מפסיק גם כן לעניין נכסי הגר.
**אמנם הראב"ד כתב** על כך שאין מקום כלל לדמות בין גדרי הגבולות בטומאה פיאה ושבת, לגדרי נכסי הגר.
**הטור אכן לא הביא הגדרות אלו.**
**אך השו"ע נקט כדרכו את לשון הרמב"ם.**
לשון השו"ע:

**<u>סעיף ד:</u>**
**המצר** (פי' כמו במשעול הכרמים (במדבר כב, כד) שעוברים בו בני אדם משדה לשדה, ערוך) **והחצב** (פי' חצב נגזר מן לחצוב להם בורות (ירמיה ב, ה), כלומר עשב ואילן ששרשיו חוצבין ויורדים בארץ אמות הרבה) **שמתחמן** (פי' מגבילים תרגום והגבלת (שמות יט, יב) ותתחם) **בו תחומים, מפסיקין בנכסי הגר, וכל המחזיק בשדה לא קנה אלא עד המצר או החצב:**

**<u>סעיף ה:</u>**
**כל המפסיק לפאה, מפסיק בנכסי הגר. כיצד, היה שם נחל או אמת המים, לא קנה אלא עד הנחל או עד האמה. וכל המפסיק** (ברשויות שבת) **מפסיק בנכסי הגר. כגון שהיה בין שתי השדות רשות היחיד או כרמלית, אפילו היה ביניהם רשות שחולק לגיטין, מפסיק:**

**<u>סעיף ו:</u>**
**כל דבר המפסיק לטומאה מפסיק בנכסי הגר.**
**כיצד? כגון שנכנס אדם לבקעה זו וטומאה בבקעה בצדה האחר, ואינו יודע אם הגיע למקום הטומאה אם לאו, כל מקום שמחזיקים אותה לטומאה הרי הוא כמקום אחר מוחלק בפני עצמו.**

## סעיף ז

**מצבים בהם ניתן לקנות שדה שאינה מסויימת על ידי החזקה בחלקה בלבד**

לשון הגמרא בדף נה.

אין שם לא מצר ולא חצב, מאי?

**פירש רבי מרינוס משמו**; כל שנקראת על שמו.

היכי דמי?

**אמר רב פפא**; דקרו ליה בי גרגותא דפלניא.

**הגמרא שואלת** מה הדין במקרה שאין מיצר או חצב בשדה.

**ופירש רבי מרינוס**, שבמידה והשדה נקראת על שמו, הוא זכה בה.

**לכאורה דברי רב מרינוס הללו** סותרים למבואר בסעיף ג(על פי דברי הגמרא) שבמידה ואין לשדה גבולות, לא זכה המחזיק בכולה, ולא זכה אלא בשיעור של חרישה בצמד בקר שתי שורות בשדה מקצה אל קצה(ע"פ פירוש תוספות ושאר ראשונים, ולדעת רשב"ם: במידה וחרש בצמד בקר 2 שורות זכה בכל השדה, כמבואר בסעיף ג).

**הרמב"ם** הביא אף הוא את 2 המימרות הנ"ל, ולכאורה אף דבריו סותרים זה את זה.

**בביאור היחס בין ב' הגמרות הנ"ל מצאנו ג' שיטות:**

- **התוספות** (נו. ד"ה אין שם) ביארו שדברי הגמרא כאן נסובים אך ורק לעניין הפסקה לטומאה, ולא לעניין נכסי הגר.
  לשיטה זו, לעולם לא ניתן לקנות בשדה שאינה מסויימת את כולה, ע"י החזקה בחלקה.
- **הרמב"ן והרשב"א ביארו** שיש לחלק בין שדה בעל-המקבלת את המים מן הגשם, שבה לא ניתן להחזיק בכולה על ידי מעשה בחלק מהשדה, לבין שדה שלחין-המקבלת את מימיה על ידי השקיה, שבה ניתן להחזיק בפעולה אף בחלק מן השדה.
  **מן הסמ"ע (י) עולה שטעם הדבר הוא** שכל שהשדה מושקית ע"י אדם, היא קרויה על שמו של הגר, וממילא דומה דינה לשדה המוגדרת בגבולות, שניתן לקנות בכולה על ידי פעולה בחלקה, (אך הוסיף הסמ"ע וכתב שמדברי הטור משמע שהדגש הוא שצריך שתקרא על שם הבאר שממנו לוקחים את המים).
  **חילוק זה** אינו עולה יפה בדעת הרמב"ם, משום שהוא לא חילק בין סוגי השדות.
- **המגיד משנה ביאר בדעת הרמב"ם** שהוא מחלק בין פעולת החזקה ע"י מכוש שבזה לא די בהחזקה בחלק מהשדה, לבין שאר פעולות של החזקה שמועילות לכל השדה.
- **הב"י כתב** שיש לחלק בין מציאות שעשה פעולה בחלק מהשדה וכוון במפורש לקנות את כולה, שזה מועיל, לבין מציאות שלא כיוון במפורש לקנות את כולה.

**הטור הביא בתחילה את דעת הרמב"ן 'ודעימיה'** שיש לחלק בין שדה שלחין לבין שדה בעל.

**ולאחר מכן הביא את סתימת דברי הרמב"ם** כשיטה החולק על ביאור זה וכתב שדעת אביו כדיעה הראשונה.

**הב"י ציין שלכאורה בדברי הרא"ש** עולה שסבר כתירוצו של תוס' שכל הגמרא הנ"ל נסובה דווקא לעניין טומאה, משום שהוא הביא את פירוש תוס' ולאחר מכן את פירוש הרמב"ן, וכתב הרא"ש שדברי פירוש הראשון עיקר.

**אך כתב הב"י שכנראה סבר הטור** שכל כוונת הרא"ש לומר, שאף דברי הפירוש הראשון עיקר שדין זה נאמר גם לעניין טומאה, אך לאו דווקא (ולכאורה זהו דוחק גדול בלשונו למעיין).

**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם.**

**והרמ"א הביא את דברי הטור**, שיש לחלק בין בית השלחין לבית הבעל.

**עוד כתב הרמ"א מכוח דברי הטור**, שבמידה ופירש במפורש שברצונו לקנות את כל השדה, קנה אף בשדה בעל.

לשון השו"ע:

**בקעה גדולה שיש בה שדות רבות, וכולם של גר אחד ולא היה ביניהם לא מצר ולא חצב ולא דבר מדברים המפסיקים, ובא אחד והחזיק במקצת הבקעה לקנות את כולה, כל הנקרא על שם אותו הגר, קונה אותו.**

הגה: וי"א דוקא בשדה בית השלחין,

אבל בשדה בית הבעל אם פירש לקנות כולן קנה כולן. אבל אם החזיק סתם ולא פירש לקנות כולן, לא קנה אלא ממקום שהחזיק מענה לארכו ולרחבו.

ואם הוא שדה שיש לו מצר, קנה כל מה שבמצר (טור בשם הרא"ש).

## סעיף ח

### אם ניתן לקנות כמה משדות הגר על ידי החזקה באחד מהם?

לשון הגמרא בב"ב נג :- נד.

**ואמר רב אסי א"ר יוחנן**; שתי שדות ומצר אחד ביניהן, החזיק באחת מהן לקנותה - קנאה; לקנות אותה ואת חברתה - אותה קנה, חברתה לא קנה.

לקנות את חברתה - אף אותה לא קנה.

**מגמרא זו עולה**, כי לא ניתן לקנות כמה משדות הגר על ידי החזקה באחת מהם, וכי צריך לבצע פעולת חזקה בכל שדה בפני עצמה.

**דין זה עומד לכאורה בסתירה לגמרא בקידושין כז.** שם קובע שמואל כי יכול אדם לקנות עשר שדות מחבירו, על ידי חזקה באחת מהם, משום ש'סדנא דארעא חד הוא', כלומר- שכל הקרקעות בעולם מחוברות זה לזה.

**הראשונים נדרשו ליחס בין הגמרות, והובאו בזה מספר ביאורים:**

- **תוספות**(ב"ב נג: ד"ה 'אותה קנה') **כתבו** שדווקא במכר, מועילה החזקה בשדה אחד, כמבואר בגמרא בקידושין שהחזקה מועילה רק במידה ושילם דמי כל השדות, ואף שהיה מקום לומר שכשאין צורך לשלם, אין התשלום מעכב, מכול מקום אין זה דומה למכר שכבר שילם מעות על הכול ורק בזה מועילה חזקה בקצת. (יש לציין שדברי תוס' הנ"ל עומדים בסתירה לדברי התוספות בקידושין כז. בתירוצם הראשון, שם קבעו שאדרבה עדיפה מתנה על מכר שקונה אף ללא נתינת מעות כלל, ועין בסימן קצב סעיף יב שכן סבר הרמב"ם וכן פסק השו"ע, ושלא כדעת הרא"ש, אך שם מבואר שאף הרא"ש מודה שבמידה שהתנו במפורש שיחזיק על מנת לקנות הכול, זה יועיל אף ללא נתינת מעות).
- **רבינו יונה כתב** (ב"ב נג. ד"ה 'אמר רב אשי', וכן עולה מדברי הרא"ש ב"ב פרק ג סימן ס) שעיקר החילוק בין הפקר למכר, הוא שבהפקר אין דעת אחרת מקנה, ולכן לא מועילה החזקה בשדה אחת לקנות את הכול בהפקר, (וכתב שאף במתנה אין זה מועיל ללא אמירה מפורשת, אך זה מחמת האומדנא בדעת הנותן, ולא עניין מהותי, ובאמת גם במתנה ניתן לקנות את כל השדות, על ידי החזקה באחת מהן, כשיש אמירה מפורשת בזה מפי הנותן)

**הב"י** לא התייחס ליחס בין הגמרות, ובשו"ע סתם כדברי הגמרא שלא ניתן לקנות בנכסי הגר, שדה אחת על ידי החזקה בחברתה.

**ובסמ"ע (יד) ביאר כדברי רבינו יונה**שדווקא בנכסי הגר אין זה מועיל משום שאין דעת אחרת מקנה.

**עוד ציין הסמ"ע למחלוקת המבוארת בסימן קצבסעיף יב,** אם גם במתנה ניתן לקנות כמה שדות ע"י החזקה באחת מהן ללא אמירה מפורשת (רמב"ם והשו"ע)או שצריך אמירה מפורשת של הנותן (רא"ש והרמ"א).

### החזיק באחת מהשדות בכדי לקנות את שניהם, במה זכה?

**כפי שציינו, מבואר בגמרא**, שבנכסי הגר, לא ניתן לקנות כמה שדות ע"י החזקה באחת מהן.

**עוד מבואר בגמ'** שמידה והחזיק באחת מהשדות על מנת לזכות בשניים, אמנם לא זכה בשניה, אך זכה באותה אחת שהחזיק, ורק אם החזיק על מנת לזכות רק בשניה, לא זכה באף אחת מהן.

לשון השו"ע:

**שתי שדות בנכסי הגר ומצר אחד ביניהם, החזיק באחד מהם לקנותה, קנאה.**

**החזיק בה לקנותה ולקנות את חבירתה, זו שהחזיק בה קנה, אבל חבירתה לא קנה.**

**החזיק בה כדי לקנות חבירתה, לא קנה אחת מהן, חבירתה מפני שלא החזיק בה, ואותה מפני שלא החזיק בה כדי לקנותה:**

## סעיף ט

### החזיק בשדה אחת ע"מ לקנות גם את המצר ואת השדה האחרת, או שהחזיק במיצר ע"מ לקנות את 2 השדות

**בסעיף הקודם ביארנו**, שבנכסי הגר לא ניתן לקנות כמה שדות, ע"י החזקה באחת מהם.

**הגמרא בב"ב בדף נג: הסתפקה בדבר 2 מציאויות, והותירה את שתיהם בספק:**

- **ספק ראשון-** אם ניתן להחזיק בשדה אחת ולהתכוון לקנות אותה ואת המיצר ואת השדה שאחריה.

**ברשב"ם מבואר** שהספק הוא, האם כל הסיבה שלא ניתן לקנות שתי שדות המופרדות במיצר ע"י החזקה באחת מהם, היא משום שלא קנה את המיצר, וכאן שנתכוון לקנות את המצר השייך לאותו שדה, זכה בו, וממילא יכול לזכות גם בשדה השניה, הואיל ואותו

מיצר שייך אף לשדה השניה, או שהמצר נחשב כרשות בפני עצמה, ולא ניתן לזכות בו, ע"י החזקה באחת מן השדות.

- **ספק שני-** אם ניתן לקנות את שתי השדות ע"י החזקת המיצר שבינהם.

**מבואר ברשב"ם ששורש הספק הוא** שאף אם נאמר שלא ניתן לקנות את המיצר ע"י החזקה בשדה, מכול מקום יתכן שניתן לקנות את השדה ע"י החזקה במיצר, הואיל והמיצר נחשב כאפסר של השדה.

**למעשה נותרה הגמרא ללא הכרעה**(תיקו) **ביחס ל2 הספיקות הנ"ל.**

**ופסקו הרמב"ם**(זכיה א, ז)**והרא"ש** (ב"ב פרק ג סימן ס) שהיות ודין זה נותר בספק, אם בא אחר והחזיק בשדה השנייה כדי לקנות אותה, זכה האחרון.

**וברא"ש מבואר בטעם** הדבר שהיות וזכייתו של הראשון מוטלת בספק, אין הוא נחשב כמוחזק, וזכה השני באותה השדה, (וכן ביאר המ"מ בדעת הרמב"ם).

**וכן פסקו הטור והשו"ע.**

לשון השו"ע:

**החזיק בה לקנותה ולקנות את חבירתה ואת המצר שביניהם, או שהחזיק במצר לקנות את שתיהן, הרי זה ספק, ואם בא אחר והחזיק בה כדי לקנותה, זכה האחרון.**

## סעיף י

**שני בתים זה לפנים מזה: החזיק באחד מהם, אם קנה גם את השני**

לשון הגמרא בב"ב נג:

**א"ר נחמן אמר רבה בר אבוה:** שני בתים זה לפנים מזה, החזיק בחיצון לקנותו – קנאו.

לקנות אותו ואת הפנימי – חיצון קנה, פנימי לא קנה.

לקנות את הפנימי – אף חיצון נמי לא קנה.

החזיק בפנימי לקנותו –קנאו.

לקנות אותו ואת החיצון – קנה שניהן.

לקנות את החיצון – אף פנימי לא קנה.

**בסעיפים הקודמים למדנו**, כי בנכסי הגר, לא ניתן לקנות כמה שדות ע"י החזקה באחת מהן, ועוד פרטים בעניין זה.

**ובגמרא שהבאנו**(ע"פ גירסתינו) **מבואר** שדין קניית בתים משווה כמעט לחלוטין לדיני שדה, אלא שיש פרט אחד מחודש, והוא שניתן לקנות בית חיצוני, ע"י החזקה בפנימי בלבד. אך זאת בתנאי שהתכוון לקנות את שניהם יחד.

**בטעם הדבר ביאר רשב"ם,** שהבית החיצון משועבד לבית הפנימי לעניין דריסת הרגל, ולכן די בהחזקה בפנימי בכדי לקנות אף את החיצוני.

**אמנם הרי"ף** (ב"ב כח:) **והרמב"ם**(זכיה א, ח) **והגאונים** (כן כתב הר"ן בשמם בדף נג: ד"ה לקנות אותו) **גרסו אחרת בגמרא**, ולפי גרסתם אף אם החזיקבבית פנימי, לא קנה את החיצון.

**הרא"ש**(ב"ב פרק ג סימן ס) **כתב שהעיקר להלכה כגירסת רשב"ם,** שניתן לקנות את הבית החיצוני ע"י החזקה בבית הפנימי בלבד, משום שלגרסת הרי"ף ו'דעימיה' לא היה לגמרא לחלק כלל בין פנימי לחיצוני, היות ואין הבדל בינהם, וכן כתב המ"מ שקצת נראה כגירסא הרשב"ם וכטעמו של הרא"ש.

**הב"י כתב שנראה עיקר כגירסת הרי"ף והרמב"ם,** ונימק זאת בכך שהקדמונים היו בקיאים יותר בגירסאות.

**ובעקבות זאת פסק בשו"ע** שלעולם לא ניתן לקנות בית אחד, ע"י החזקה באחר בלבד.

**אמנם הרמ"א הביא בלשון יש אומרים את דעת הרשב"ם והרא"ש,** שאם החזיק בפנימי, קנה אף את החיצוני.

לשון השו"ע:

**וכן שני בתים זה לפנים מזה, שהחזיק באחד מהם לקנותו ולקנות את השני, לא קנה אלא זה שהחזיק בו בלבד. החזיק באחד מהם כדי לקנות את השני, אף זה שהחזיק בו לא קנה.**

הגה: ויש אומרים דאם החזיק בפנימי כדי לקנותו עם החיצון, קנה שניהם (טור בשם רשב"ם והרא"ש):

# סעיף יא

## המחזיק בשטרותיו של גר, אם זכה בגוף השטר?

לשון הגמרא בב"ק מט:

**בעי מיניה רב ייבא סבא מר"נ:** המחזיק בשטרותיו של גר, מהו? מאן דמחזיק בשטרא אדעתיה דארעא הוא דמחזיק, ובארעא הא לא אחזיק, ושטרא נמי לא קנה דלאו דעתיה אשטרא, או דלמא דעתיה נמי אשטרא?

**א"ל:** עני מורי, וכי לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך?

**א"ל:** לצור ולצור.

**הגמרא מספרת ששאל רב ייבא סבא את ר' נחמן**, האם המחזיק בשטרותיו של הגר זכה בנייר, או שהיות וכל עניין החזקת השטר היא על דעת הקרקע שבו כתוב השטר, לא הצליח לקנות אף את הנייר עצמו.

**רב נחמן תמה על עצם שאלתו של רב ייבר סבא** והשיב לו 'עננו אדוני' ומדוע שנניח שדעתו הייתה גם על השטר, וכי מלכתחילה הייתה דעתו לאחוז בשטר, על דעת שיוכל לצור שטר זה על פי צלוחיתו (כך ביאר רש"י).

**רב ייבא סבא השיב לו** שאכן דעתו הייתה לצור[103].

**הרמב"ם פסק**(זכיה א, ט) שהמחזיק שטר בנכסי הגר כדי לקנות הקרקע בכתובה באותו השטר, לא קנה אלא את השטר בלבד, לצור אותו ע"פ צלוחיתו.

**כלומר**, הרמב"ם הכריע שיכול לזכות בשטר עצמו.

**המגיד משנה כתב** שזוהי 'בעיא דאיפשטא' בגמרא, כלומר שהגמרא פשטה את הספק.

**הלחם משנה התקשה בדברי הרמב"ם מכמה סיבות:**

1. מדברי הרמב"ם עולה שאף אם לא התכוון כלל לזכות בשטר, זכה. ואילו בגמרא נראה שמוכח שצריך להתכוון לזכות בשטר.
   **הלחם משנה תירץ על כך**שכוונת הרמב"ם לומר שעיקר כוונת הזוכה הייתה על הקרקע, אך התכוון גם לשאר.
2. מדברי הגמרא נראה שספק זה אינו נפשט, וכתב הלחם משנה שכן עולה מדברי ההגהות אשר"י, וכתב הלחם משנה שנראה שזהו הסיבה ששאר הפוסקים השמיטו דין זה.

**הש"ך (ג) נדרש אף הוא לקושיות הלחם משנה:**

**ביחס לשאלה הראשונה** שמשמע ברמב"ם שזכה בשטר אף כשלא התכוון לקנותו, כתב הש"ך שדוחק לומר כדברי הלחם משנה שכוונת הרמב"ם לומר שזכה בשטר רק במידה והתכוון לקנות את השטר, שזה כנגד לשון הרמב"ם ובפרט ששינה הרמב"ם מלשון הגמרא והדגיש שהתכוון הזוכה לקנות דווקא את הקרקע.

**ביחס לשאלה השניה** שבגמרא משמע שספק זה אינו נפסק, הביא הש"ך את תירוצו של הגידולי תרומה (שער מט חלק יח סימן ד) והביא שכן כתב ההגהות אשר"י) שמדברי הגמרא עולה לכל הפחות שאם התכוון לזכות בשטר זה מועיל, ובסוגיות אחרות רואים שהוכרע שאנו אומרים ש'לצור על פי צלוחיתו הוא צריך.

**אך כתב הש"ך** שתירוץ זה אינו נראה לו (בתירוצו הראשון כתב הגידולי תרומה שנראה שהרמב"ם למד שרב ייבא רבו של רב נחמן הוא, ורק רצה לחדדו, ולבסוף לימדו שלצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך, ולכן קנה את השטר, וזוהי בעיא דאיפשטא)]

**על כן כתב הש"ך לחדש** שאכן הרמב"ם סבר שאף אם לא התכוון כלל לקנות את השטר, זכה בגוף השטר.

**בתחילה תלה הש"ך זאת בכך שלרמב"ם הייתה גירסא אחרת.**

**אך לבסוף הציעהש"ך שהרמב"ם סבר שסוגיא זו דחויה מהלכה,** הואיל ואנו פוסקים כר' יוסי בר' חנינא שחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו, ולא גרעה ידו מחצירו, ולכן כל הספק האם דעתו גם על השטר אינה נכונה להלכה.

**הנתיבות (ב) העיר שתוס'** (ב"ב נד: 'אדעתא דציבי') כבר עוררו את מה שהיה קשה לש"ך כיצד סוגייתנו מסתדרת עם ההלכה שחצירו של האדם קונה אף ללא דעתו.[ושם בתוס' תירצו שיש לחלק בין מציאות שאינו יודע כלל שהחפץ נמצא ברשותו, שבזה חצירו קונה אף ללא ידיעתו, לבין מציאות שיודע ואינו מתכוון לקנות, שבזה אין חצירו קונה לו].

---

[103] כך ביאר רש"י אמנם בפשטות היה ניתן לבאר ששאלת רב נחמן, אינה הלכתית, כלומר, שאין בכוונתו לומר שלא כיון על כך מעיקרא, אלא שלא מובנת ההשלכה של שאלה זו, וכי כל הדיון הוא לענין לצור על פי הצלוחית, והשיב לו רב ייבא סבא אכן על כך אני שואל.

### המחזיק בשטרי חוב של הגר, אם זכה בשטר עצמו(ומה הדין כשהחזיק בקרקע?)

**הרמב"ם כתב** את הדין שהמחזיק בשטרי הגר, זכה בשטר עצמו, בעניין שטרי מכר, **וכן העתיק השו"ע.**

**וכתב בעל התרומות**(שער מט חלק יח סימן ד), שנראה פשוט שדין זה נכון דווקא בעניין שטר מכר, שהרי בשטרי חוב, 'פשיטי דפריעי'.

**הש"ך (ד) ביאר** שכל כוונת התרומות לומר שהגמרא עסקה בשטרי מכר, ולא בשטרי חוב, משום שבשטרי חוב, הדין פשוט יותר שזכה בשטר, הואיל ואין שום הבנה שיכל לזכות בשטר עצמו, וזאת אף במידה והיה מחזיק אח"כ בקרקע, וזאת בשונה משטר מכר, שאם היה מחזיק אח"כ בקרקע, היה יכול לזכות אף בקרקע (וכפי שכתוב בגמרא: 'ובארעא הא לא אחזיק'). וזאת בניגוד לפירושו של הגידולי תרומה שהבין שהתרומות בא למעט את ההבנה שבשטרי חוב, יוכל לזכות אף בחוב עצמו במידה ויחזיק לאחר מכן בקרקע במשכון. (עיין בגידולי תרומה שביאר שכוונת התרומות למעט את דעת רש"י, וכתב הגידולי תרומה שנראה שאף רש"י לא כיוון לזה והאריך בפירוש דבריו, עי"ש).

## סעיף יב

### אלו פעולות נדרשות לקנייה מן הגר, ואם דומה קנייה מן הגר לקניה במכר ובמתנה?

לשון המשנה והגמרא בב"ב נז.

**מתני'**. אלו דברים שיש להן חזקה, ואלו דברים שאין להן חזקה: היה מעמיד בהמה בחצר, תנור, ריחים וכיריים, ומגדל תרנגולים, ונותן זבלו בחצר - אינה חזקה.

אבל עשה מחיצה לבהמתו גבוה עשרה טפחים, וכן לתנור וכן לכיריים וכן לריחים, הכניס תרנגולין לתוך הבית, ועשה מקום לזבלו עמוק שלשה או גבוה שלשה - הרי זו חזקה.

**גמ'**. מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא?

**אמר עולא:** כל שאילו בנכסי הגר קנה - בנכסי חבירו קנה, כל שאילו בנכסי הגר לא קנה - בנכסי חבירו לא קנה.

**מתקיף לה רב ששת:** וכללא הוא? והרי ניר, דבנכסי הגר קנה, בנכסי חבירו לא קנה! והרי אכילת פירות, דבנכסי חבירו קנה, בנכסי הגר לא קנה!

אלא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה...

**המשנה עוסקת** בפעולות שאדם עושה בקרקע, אשר מהוות חזקת ראיה לכך שהוא הבעלים על השדה, ומחלקת בין סוגי הפעולות השונות.

**הגמרא מנסה לברר** מהו ההבדל בין סוגי הפעולות הראשונות אשר אינן מהוות ראיה (העמדת: בהמה, תנור, ריחים וכיריים, ומגדל תרנגולים, נתינת זבל), לבין הפעולות אשר מהוות ראיה (העמדת מחיצה לצורך הדברים הנ"ל, הכנסת תרנגולים לבית ועשיית מקום לזבל).

**עולא מציע ביאור להבדל,** והוא, שהפעולות הראשונות אינן יכולות להוות קניין בנכסי הגר, והוא הדין שלא יוכלו להוות 'קניין בנכסי חבירו'.

**רב ששת מקשה על דברי עולא,** ומוכיח שפשוט שאין לדמות באופן מוחלט בין קניין בנכסי הגר ל'קניין בנכסי חבירו', שהרי ניתן לקנות בניר בנכסי הגר על ידי מעשה עידור קטן, ואין זה מועיל לעניין קניה ב'קניין חבירו'. וכן להיפך: ניתן ל'קנות בשדה חבירו' על ידי אכילת פירות, ואילו אכילת פירות אינה מועילה לעניין קניה בנכסי הגר.

**נראה שהגמרא קיבלה את דברי רב ששת,** הואיל וטרחה לחפש טעמים אחרים להבדל בין סוגי הפעולות.

**א"כ, מן הגמרא עולה** שבנכסי הגר, לא מועיל אכילת פירת, אך מועיל מעשה עדירה, וב'קנין בנכסי חבירו', מועיל אכילת פירות, אך לא מעשה עדירה.

**נחלקו הראשונים למה התכוונה הגמרא כשדיברה על 'קנין בנכסי חבירו':**

**רשב"ם מבאר**שהביטוי: 'קניין בנכסי חבירו' אינו נאמר לגבי מעשה קניין, אלא לחזקת ראיה, בדומה לנדון המשנה העוסק בחזקת ראיה. עוד ביאר הרשב"ם, שמעשה קניין בנכסי חבירו שווה בכל גדריו לקניין בנכסי הגר, ונקנה במעשה עידור בשדה ניר, ואינו נקנה על ידי אכילת פירות.

**כדברי הרשב"ם סברו הראב"ד ועוד ראשונים רבים.**

**אמנם הרמב"ם** (זכיה ב,א) הבין ביטוי זה כפשוטו, ולשיטתו אין לדמות קניה בנכסי הגר (הפקר) לקניה במכר או במתנה. לשיטתו במכר ומתנה ניתן לקנות ע"י אכילת פירות ולא ע"י מעשה עידור בשדה ניר, ואילו בשדה הגר להיפך[104].

[104] **אבן האזל** (מכירה א,טו) ביאר את סיבת ההבדל בין סוגי הקנין בהפקר לבין סוגי הקנין במתנה ובמכר, והוא:

**השו"ע העתיק כאן את לשון הרמב"ם** , וזה תואם גם לפסיקתו בסימן קצב כדעת הרמב"ם שקניין פירות קונה במתנה ובמכר, ודווקא בנכסי הגר אינו קונה.
**אך תמה הסמ"ע (יח) על כך שהרמ"א לא השיגו כאן**, בעוד בסימן קצב סעיף יא פסק כראב"ד ו'דעימיה' שלעולם לא ניתן לקנות קרקע ע"י אכילת פירות, וכתב שיש לומר שהרמ"א סמך על דבריו שם, משום ששם מקומם, שהרי לעניין קניה מן ההפקר, אין מחלוקת שלא ניתן לקנות ע"י אכילת פירות.
לשון השו"ע:

**נכסי גר שאין לו יורשים, ונכסי ההפקר, ושדה שמכרה העובד כוכבים לישראל ועדיין לא החזיק בה, כולם דינם שוה:**
**כל המחזיק בהם בדרך מדרכי החזקה שנתבארו בהלכות מכירה קנה, חוץ מאכילת פירות.**
**כיצד? הלוקח קרקע מחבירו והחזיק בה באכילת פירותיה קנה, כמו שנתבאר בסימן קצ"ב.**
**אבל בנכסי גר או נכסי הפקר, אפילו אכל פירות האילן כמה שנים לא קנה לא גוף האילן ולא גוף הקרקע, עד שיעשה מעשה בגוף הארץ או יעבוד עבודה באילן.**

הגה: לפיכך אם מצא שדה הגר חרושה, וזרעה ולא כיסה אחר הזריעה, וצמחה ואכלה, לא הוי חזקה (טור):

### כיצד קונים שדה מן הגוי?

**השו"ע פסק כאן בעקבות דברי הרמב"ם** שדין קניה מן הגוי שווה לדין קניה מן ההפקר.
**פסק זה מבוסס על דברי הגמרא ב"ב נד:** שם מבואר שאם קנה שדה מן הגוי בכסף ללא שטר, יצאה השדה מיד הגוי, אך לרשות ישראל לא הגיעה ודינה כהפקר, וכל הקודם בה זוכה.
**ומלשון השו"ע והרמב"ם עולה** שאם קדם הראשון והחזיק בה, זכה.
**הסמ"ע (טז) ציין שהרמ"א בסימן קצד סעיף ב חולק על דין זה**, וסובר שהראשון לא יזכה ע"י חזקה, כשם שלא זוכה מכוח קניין כסף.
**וכתב הסמ"ע** שהרמ"א סמך על דבריו שם, ולא השיג כאן משום שניתן לבאר את לשון השו"ע שמדובר באופן שהחזיק קודם שנתן דמים, שבזה מודה אף הרמ"א כמבואר שם, משום שגילה דעתו שסומך על קניין החזקה לבד, עי"ש.

## סעיפים יג-טז

### האם יש קניינים שמועילים דווקא בנכסי הגר, וא"כ מהן?

### הקדמה

**הבאנו לעיל בסעיף הקודם שלדעת הרמב"ם** ישנו הבדל בין קניין בנכסי הגר לקנין בנכסי חבירו, ורק בנכסי הגר מועיל מעשה עדירה בכדי לקנות, מה שאין כן בקנין בשדה חבירו.
**ולדעת הרשב"ם** אין כלל הבדל בין קניין מהגר לקניין מחבירו, ומעשה עדירה מועיל בכל קנין, אלא שאינו מהווה ראיה על החזקה של אותו אדם בשדה.
**מחלוקת זו משליכה לכאורה על הבנה של סוגיות נוספות** המתארות דרכים שונות לקנייה בנכסי הגר: **הרמב"ם לשיטתו יבאר לכאורה** שדרכים אלו נכונות דווקא בקנייה בנכסי הגר, ולא בקניה

---

**לעניין אכילת פירות** כתב שאכילת פירות מהווה הפגנת בעלות דווקא בשדה שיש לה בעלים, אבל בשדה הפקר, בלאו הכי מותר לאכול ממנו, ולכן אכילת פירות מועילה דווקא במכר ומתנה.
**ובעניין מעשה עידור בשדה ניר** כתב שמעשה העידור קונה משום שהאדם יוצר תיקון בחפץ (ולא משום הפגנת בעלות[104]), וזה שייך דווקא בשדה הפקר, שללא המעשה שלו, השדה לא הייתה מטופלת כלל, אבל בשדה שיש לה בעלים, אין די משמעות במעשה שלו, שהרי ודאי בלאו הכי בעליה יחרשו אותה.
**ובמרכבת המשנה** (מכירה א, טו) **ביאר באופן קצת שונה,** שלעולם הנקודה במעשה הקנין היא הפגנת הבעלות, ובהפ קר הפגנת הבעלות מתבטא בכך שחורש בשדה זו, אך בשדה שיש לה בעלים, אין זה מבטא הפגנת בעלות, משום שיתכן שעושה טובה לחבירו. וכן בשדה הפקר, אין כלל הפגנת בעלות בכך שהוא אוכל מן הפירות וכפי שכבר הבאנו בשם אבן האזל, שהרי מותר לו לאכול מן ההפקר, אך ודאי שאכילה משדה של חבירו מהווה הפגנת בעלות.
א"כ יוצא שלדעת מרכבת המשנה, חזקה לעולם קונה משום שיש בה הפגנת בעלות, ואילו מדברי אבן האזל נראה שישנם ב' אפשרויות לקנות בחזקה:

א. הפגנת בעלות.
ב. תיקון בגוף החפץ, (ונראה שהוא כעין קניין בשינוי החפץ או כיוצא בזה)

וראה שכעין דברי אבן האזל מצויים בדברות משה ב"ב חלק ב סימן מט, עי"ש

בשדה חבירו, **ואילו הרשב"ם ו'דעימיה'** יפרשו לרוב שדרכים אלו מועילים אף בקניה משדה חבירו וכפי שיבואר לקמן:
**כפי שכתבנו בדעת הרמב"ם, מבואר לכאורה בדבריו בהלכות זכיה** (ב, ג)שם כתב: "יש דברים רבים שאם החזיק בהן הלוקח לא קנה עדיין, ואם החזיק באחד מהן בנכסי הגר או בנכסי הפקר, קנה".
**אמנם הכסף משנה הביא את דבריו של ר' יהושע הנגיד מבני בניו של הרמב"ם שביאר** שאף הרמב"ם מודה שדרכים אלו מועילות אף בקניה משדה חבירו, וכל מה שכתב ש'אם החזיק בהן הלוקח לא קנה עדיין', כוונתו לעניין חזקת ג' שנים.
**דברים אלו של ר' יהושע הנגיד נאמרו בכדי ליישב את דברי הרמב"ם**, שכשמנה את הדברים שמועילים בקניה מן הגר, ואינם מועילים בקניה מן המוכר, כלל בזה גם את הנר בשדה, ודין זה סותר את דברי הרמב"ם בהלכות מכירה (פרק א הלכה טז) שם כתב שניתן לקנות שדה מחבירו ע"י שנר בה, ועל כן תירץ שכל הדברים שכתב הרמב"ם שאינם מועילים בשדה חבירו, הכוונה לעניין חזקת ראיה.
**אמנם המרכבת המשנה** (מכירה א, טו) **ואבן האזל**(מכירה א, טו) לא קיבלו חילוק זה, והם תירצו שיש לחלק בין אדם שעודר בכל השדה, שבזה קונה אף בשדה חבירו, לבין מעשה עידור קטן שמועיל רק בשדה הגר (אמנם טעמם קצת שונה, לדעת מרכבת המשנה, מעשה עידור מועט הינו הפגנת בעלות רק בשדה הגר ולא בשדה חבירו. אך לדעת אבן האזל אין במעשה עידור משום הפגנת בעלות, והסיבה שזה מועיל בשדה הגר, היא משום שיש בזה תיקון בשדה, אך בשדה חבירו אין בזה תיקון גדול, עיין הערה 104].

לאחר שביארנו את דעת הרמב"ם ושאר ראשונים בעניין זה, נציג כעת דרכים שונות המובאים בגמרא בקניה מן הגר, ונעיר בקצרה האם ניתן לקנות בדרכים אלו אף בשדה חבירו.

## סיוד וכיור

לשון הגמרא בב"ב נג:

המוצא פלטרין בנכסי הגר, וסד בהן סיוד אחד או כיור אחד - קנאן.

וכמה?

**אמר רב יוסף:** אמה.

**אמר רב חסדא:** וכנגד הפתח.

**מבואר בגמרא** שניתן לקנות בנכסי הגר על ידי טיחה בסיד, או ע"י עשיית ציור מחוק על הקיר.
אך זאת בתנאי שיהיה בגודל אמה, וכנגד הפתח.
**הרשב"ם כתב** שבמידה ועושה כן שלא כנגד הפתח, יכול לקנות אף במידה ועשה בגודל היתר על אמ ה.
**אמנם הב"י דייק מסתימת דברי הרמב"ם** שבמקום אחר אין זה מועיל, אף במידה ועשה בגודל היתר על אמה.
**הרמב"ם כתב** שסיוד וכיור מועילים דווקא בנכסי הגר, וכפי שציינו לדעת ה'רשב"ם ודעימיה' אין חילוק בזה, ומעשה זה יועיל אף בקניה משדה חבירו.

## הצר צורה

לשון הגמרא בב"ב נד.

**אמר רב:** הצר צורה בנכסי הגר - קנה, דרב לא קני לגנתא דבי רב אלא בצורתא.
מבואר בגמרא שהצר צורה בנכסי הגר הגר קנה, וביאר רשב"ם שהכוונה לצורה חשובה כגון צורת חיה ועוף, ולכן קנה אף בפחות מאמה ושלא כנגד הפתח.
(אף כאן שייכת המחלוקת של הרמב"ם ודעימיה אם מועיל בקניין בשדה חבירו)

## הצעת מצעות

לשון הגמרא ב"ב נג:

**אמר רב עמרם:** האי מילתא אמר לן רב ששת, ואנהרינהו עינין ממתניתא:

המציע מצעות בנכסי הגר - קנה.

ואנהרינהו עינין ממתניתא, מאי היא?

**דתניא:** כיצד בחזקה? נעל לו מנעלו, או התיר לו מנעלו, או שהולך כליו אחריו לבית המרחץ, והפשיטו, והרחיצו, סכו, גרדו, והלבישו, והנעילו, והגביהו - קנאו...

**רב עמרם מביא** שמועה בשם רב ששת שניתן לקנות קרקע בנכסי הגר, ע״י הצעת מצעות בביתו (וביאר הרשב״ם שהכוונה שגם שוכב בהם), וכתב שיש ראיה לזה מהמבואר בברייתא שניתן לקנות עבד, על ידי כל מיני שימושים שעושה בו.
**הרשב״ם ביאר** שהראיה היא מכך שהשימוש בעבד, מהווה קניין, והוא הדין לעניין הצעת מצעים, שבזה הקרקע משמשתו.
**אמנם הרמ״ה**(ד״ה דווקיה)**פירש** שהראיה היא מכך שניתן לקנות עבד על ידי שמטעין כליו על עבדו, ובזה הכינו לשמשו, וזה דומה למציע מצעות על הקרקע.
**הרשב״ם ביאר** שהחידוש בדין זה הוא, שפעולות אלו מועילות על אף שלא עושה תיקון בדבר שאותו הוא קונה, בשונה מפעולות גדירה פריצה ונעילה.
**הרשב״ם ביאר** שבפעולות אלו הוא קונה ע״י שנהנה מן הקרקע וכתב שנראה לו שלמדו שפעולות אלו מועילות מדרשות הגמ׳ בקידושין כו. שם למדו שקרקע נקנית בחזקה, וז״ל הגמרא: ״ושבו בעריכם אשר תפשתם״ במה תפשתם בישיבה,דבי ר׳ ישמעאל תנא וירשתם אותה וישבתם בה במה ירשתם בישיבה. וכתב הרשב״ם ששכיבה על הקרקע כמוה כישיבה.
**וכן עולה מדברי הרא״ש**[105].
**אך הרא״ש הוסיף וכתב** שלא מועילה שכיבה וישיבה בבית ללא הצעת המיטה, מפני שאין זה נחשב כתשמיש חשוב. עוד כתב הרא״ש שנראה שניתן לקנות ע״י עריכת השולחן ואכילה בו.
אמנם המ״מ הביא ביאור נוסף בשם הר״י מיגאש, והוא שקנה משום שבהצעת המיטות תיקן את הקרקע, וכתב המ״מ שטעם זה עיקר, ולפי טעם זה יוצא לכאורה שאין צורך בשכיבה, וקנה בעצם הצעת המיטה.
**הב״י בסימן קצב כתב** שפשוט שכשם שניתן לקנות בצורה זו מנכסי הגר כשאין דעת אחרת מתנה, כל שכן שניתן לקנות בצורה זו במכר ובמתנה שאין דעת אחרת מקנה.
**אמנם הרמב״ם כתב**[106]שדווקא בנכסי הגר ניתן לקנות באופן הנ״ל, ולא במכר רגיל[107].
[נראה שמחלוקת הנ״ל, נובעת ממה שביארנו בהקדמה שלדעת הרמב״ם יש אופן מיוחד בקניה בנכסי הגר, ובנכסי הגר כל פעולת השבחה מועילה, כגון עדירה מועטת בשדה, והוא הדין הצעת המיטה.
וביאור הב״י בדעת הרמב״ם נובע לכאורה מדברי בכסף משנה בשם ר׳ יהושע הנגיד, שאף הרמב״ם סובר שאין לחלק בין קניין מן הגר לקנין משדה חבירו וכפי שהבאנו לעיל.]
**השו״ע פסק** שהמציע מצעות בנכסי הגר זכה, ולא הזכיר שיש צורך שישכב עליהם, וגם מנימוקו משמע שאין צורך, שכתב שהסיבה שקנה, הוא משום שבהצעתו תיקן את הקרקע,(וכדברי המ״מ בשם הר״י מיגאש)
**הרמ״א כתב** שיש אומרים שלא קנה עד שישכב עליהם ויהנה בגופו וכדברי הרא״ש.

## מעשה עידור

**הבאנו לעיל שמבואר בגמרא** שמעשה עידור קונה בנכסי הגר, ולא בשדה חבירו, וכן שמדברי הרמב״ם נראה שהבין כפשוטו שאינו קונה בשדה חבירו, והרשב״ם ו׳דעימיה׳ סברו שהגמרא דיברה רק לעניין חזקת ג׳ שנים, וכן ציינו לסתירה המצויה בדברי הרמב״ם בעניין זה ולתירוץ ר׳ יהושע הנגיד, ולתירוצם של אבן האזל ומרכבת המשנה.
**מכול מקום פשוט לכ״ע** שניתן לקנות בנכסי הגר ע״י מעשה עידור כמבואר בגמרא.

לשון השו״ע:

**<u>סעיף יג:</u>**
**יש דברים רבים שאם החזיק בהם הלוקח לא קנה, ואם החזיק באחת מהם בנכסי הגר או נכסי הפקר קנה.**
**כיצד? המוציא פלטרין גדולים בנויים בנכסי הגר או בנכסי הפקר, וסייד בהם סיוד אחד או כייר בהם כיור אחד כגון אמה אחת או יותר כנגד הפתח, קנה.**

---

[105] ב״ב ג,סא.
[106] זכיה ומתנה ב, ג.
[107]**בב״י בסימן קצב מבואר** שאף הסוברים שלא ניתן לקנות ע״י תשמישים ואכילת פירות בקרקע כפי שיבואר בסעיפים הבאים, יודו שע״י הצעה ושכיבה ניתן לקנות ואף בשדה חבירו.
**וכן כתב הסמ״עשם (יז) וביאר** שאף שלא עושה תיקון בקרקע זה מועיל הואיל ונהנה בגופו.
**אמנם הד״מ (ב) נתקשה בדיוק בנקודה זו** ושאל כיצד לשיטת הראב״ד ודעימה ניתן לקנות אף שלא עשה דבר המועיל לקרקע, ונשאר בצ״ע.
לכאורה מענה לתשובה זו יכולה לבוא מדברי המ״מ בהלכות זכיה שהביא בתחילה שהטעם הוא משום שנהנה מגופו, אך לבסוף הסיק שהעיקר כטעמו של הר״י מיגאש, שהקניה נעשית בכך שיפה את הקרקע בהצעתן, ואכן כך כתב הראב״ד המובא בשטמ״ק (נג:) במפורש, אלא שמדבריו עולה שזהו דווקא בנכסי הגר, אבל בקניה מחבירו, לא מועיל מעשה התיקון, אלא אדרבה מועיל דווקא שימוש המחסר מן השדה, ולכאורה עולה שם שבשבדה חבירו מועיל חזקה ע״י אכילת פירות ושלא כדבריו בהשגות עי״ש.

**סעיף יד:**
**הצר צורה בנכסי הגר, קנה.**

**סעיף טו:**
**המציע מצעות בנכסי הגר, כיון שייפה הקרקע בהצעתן, קנה.**
(ויש אומרים דוקא ששכב על המצעות, דהואיל ונהנה מן גוף הקרקע וגם הציע אותן, קנה (טור). ערך שלחן ואכל עליו, י״א דקנה) (שם בשם אביו הרא״ש).

**סעיף טז:**
**הניר את השדה בנכסי הגר, קנה.**

## סעיף יז

**קטיפת ענפים מן העץ, אם מהווה מעשה קנין בנכסי הגר**
לשון השו״ע:
**המפצל זמורות הגפן או שדיני אילנות וכפות תמרים בנכסי הגר, אם דעתו לעבוד האילן, קנה, ואם דעתו להאכיל העצים לבהמה, לא קנה.**
**כיצד? היה כורת מכאן ומכאן, חזקתו שנתכוין לעבודת האילן. היה כורת מרוח אחת, אינו מתכוין אלא לעצים.**
כן מבואר בגמ׳ ב״ב בדף נד.

## סעיף יח

**ליקוט עצים וענפים, אם מהווה מעשה קנין בנכסי הגר**
לשון השו״ע:
**וכן המלקט עצים ואבנים מן השדה:**
**אם דעתו לתקן הארץ, קנה. ואם דעתו לעצים, לא קנה.**
**כיצד?**
**לקט הגס והדק, הרי זה בחזקת שנתכוין לתקן הארץ.**
**לקט הגס ולא הדק, הרי זה בחזקת שנתכוון לעצים.**
(ואפילו אמר שכיון לתקנה, לא קנה, דבעינן שיהיו מעשיו מוכיחין) (טור).
דברי השו״ע מבוארים גם כן בגמרא בב״ב בדף נד. ודברי הרמ״א לקוחים מדברי הרא״ש על גמרא זו.

## סעיף יט

**השווית פני הארץ, אם מהווה מעשה קנין בנכסי הגר**
לשון השו״ע:
**וכן המשוה פני הארץ, אם דעתו לתקן הארץ, קנה.**
**ואם דעתו להשוות מקום שיעמיד בו גורן, לא קנה.**
**כיצד?**
**היה לוקח עפר ממקום גבוה ונותנו למקום הנמוך, הרי זה מתקן הארץ.**
**ואם אינו מקפיד על זה, אלא משליך העפר והצרורות בכל מקום בלא הקפדה, הרי זה בחזקה שאינו מתכוין אלא להשוות מקום לדוש בו.**
גם זה עולה מהגמרא ב״ב דף נד.

### השווית קרקע בקניה משדה חבירו

**הטור הביא את דברי הרמ״ה**(ב״ב נד, א סי׳ רלג)שכתב שקנין בשדה חבירו שוה לקניין מן הגר, שאם השווה קרקע ממקום גבוה לנמוך קנה, ואם לא הקפיד בזה לא קנה.
**אך הביא הטור שרב האי**(מקח וממכר שער יג) כתב שבמקח וממכר לא שייך לחלק בזה, משום שבפועל תמיד יש הוכחה לכך שמעשה החזקה נעשה לצורך קניין, שהרי צריך להחזיק אן בפני המוכר, או לאחר שאמר לו המוכר ׳לך חזק וקני׳.
(יש להעיר שמפשטות לשון הרמב״ם נראה שקניין זה כלל לא מועיל בקניין שדה חבירו, וכפי שביארנו לעיל).

הקצות (ד) סבר שבקנין בנכסי חבירו אין כלל צורך בדעתו של הקונה לקנות, משום שיש דעת אחרת מקנה, וביסס דבריו על דברי הראב"ד (ובע"ה נאריך בזה לקמן בסעיף כה).
**לאור זאת ביאר הקצות** שהצורך כאן בגילוי כוונתו, אינו בשביל שיתכון לקנות, אלא בשביל שמעשיו יהיו לשם תיקון ויחשבו כחזקה. וביאר שלכן סבר הרמ"ה שאין לחלק בזה בין מכר להפקר, משום שלעולם צריך שמעשיו יעידו על תיקון, ואילו רב האי סבר שהיות וברור שדעתו לקנות, ברור גם שמעשיו הינם מעשה תיקון.

## סעיף כ

לשון השו"ע:

**וכן הפותח מים לתוך הארץ, אם לתקן הארץ, קנה. ואם לצוד דגים, לא קנה.**
**כיצד? עשה מקום שיכנסו בו המים בלבד, הרי זה מתכוין לתקן הארץ.**
**עשה שני פתחים, אחד להכניס ואחד להוציא, הרי זה מתכוין לצוד דגים:**

גם זה עולה מהגמרא בב"ב דף נד.

## סעיף כא

### האם ניתן לקנות קרקע, ע"י בניית בית או נעילת דלת? ועוד

לשון הגמרא בב"ב נג:

**א"ר נחמן אמר רבה בר אבוה**; הבונה פלטרין גדולים בנכסי הגר, ובא אחר והעמיד להן דלתות – קנה; מאי טעמא? קמא, לבני בעלמא הוא דאפיך.

**רב נחמן אמר בשם רבה בר אבוה**, שאדם הבונה בניין בנכסי הגר ולא העמיד דלתות, ובא אחר והעמיד דלתות, קנה השני.
**הגמרא מבארת שהסיבה היא**, משום שהראשון, העמיד לבנים 'בעלמא' בקרקע, ואין בזה משום מעשה קניין.
**מדברי רשב"ם תוספות ועוד ראשונים עולה** שהסיבה שלא קנה הראשון, היא משום שאין משמעות לבית בלא דלתות, וביאר הרשב"ם שעדיין ניתן להכנס לשם בלא שום קושי, ובתוס' ביארו שאדרבה רק קלקל שכעת גם אינו ראוי לזריעה.
**אמנם מדברי הר"י מיגאש עולה ביאור מפתיע**, והוא שלעולם מעשה בנין, אינו יוצר קנין, משום שאינו עושה תיקון בקרקע עצמה. לפי יסוד זה כתב שהסיבה שהשני זכה בהעמדת הדלתות, היא רק משום שהראשון כבר הוציא את הבית מרשותו ולכן כבר הפך הבית להיות כחלק מנכסי הגר ומהקרקע, ולכן העמדת הדלתות נחשבת כמעשה בגוף הקרקע.
**אמנם בהמשך, מעדן הר"י מיגאש את דבריו** וכותב שהעמדת דלתות קונה מצד עצמה, הואיל ובהעמדת נעשית החצר שמורה יותר, ויוצא שמעשיו הועילו לגוף הקרקע.
**א"כ מצאנו ב' טעמים לסיבה שהראשון לא קנה:**

א. בניה ללא דלתות אינה בעלת משמעות.
ב. תיקון שאינו בגוף הקרקע אינו נחשב כתיקון.

**הרמב"ם**(זכיה ב, ט) **נימק דין זה בזה הלשון:**'שהראשון לא עשה בגוף הארץ כלום, והרי הוא כמי שעשה גל אבנים על הארץ שאינו קונה, שהרי לא הועיל בגדר זה מפני שהוא רחב ביותר ומפולש, ואין צורת אותו הבנין מועלת לו עד שיעמיד דלתות'.
**כלומר**, מצד אחד כתב הרמב"ם שהסיבה שלא קנה היא משום שלא עשה מעשה בגוף הקרקע, ומאידך נימק זאת משום שמעשה הבנין לא בר משמעות ללא דלתות, ונראה שזה כסוף דברי הר"י מיגאש שצריך תיקון בקרקע, וכל שתיחם את הקרקע ע"י בית ודלתות, הועיל לקרקע.

### כיצד זכה בעל הדלתות בבית שבנה הראשון?

**הגמרא שהבאנו יוצא** שאם בנה אדם בית בנכסי הגר ללא דלתות, ובא אחר והעמיד דלתות באותו בית זכה השני בקרקע, ולכאורה אף בבית.
**הראשונים נתחבטו בשאלה:** כיצד יתכן שיזכה השני בבנין שבנה הראשון, והוצעו בזה הסברים שונים:

- **מדברי הר"י מיגאש** (ב"ב נג: ד"ה 'ליבני') **שהבאנו לעיל**, עולה, שברגע שזכה הראשון בנכסי הגר, נעשה הבית כחלק מנכסי הגר. (אף אין טעמו ברור, ויתכן שכוונתו למה שהציע המ"מ מעצמו שכיון שלא החזיק גילה דעתו שרצונו להפקיר, ועדיין הדבר צריך עיון).
- **הטור הביא את דברי ר' ישעיה**(תוס' רי"דנג: אות סד) שכתב שאכן לא זכה השני בעציו ואבניו של הראשון וצריך להשיבם לו כדין היורד לשדה חבירו שלא ברשות. ומכול מקום כבר זכה השני באותו קרקע. ואף אם בנה הראשון מנכסי הגר, כבר זכה בחומרים אלו ע"י שהגביהם.

[**דברי ר' ישעיה צריכים ביאור**, שלכאורה לפי דבריו, אף פעולתו של השני בהעמדת הדלתות, אינה בעלת משמעות, שהרי הוא מחויב לפרק בית זה].

- **עוד הביא הטור את דברי הרמ"ה** (נג: אות רכה) שביאר שמדובר כשבנה מחומריו של נכסי הגר, ולא זכה בהם כיון שלא כיון לקנותם, ולכן זכה השני. אך אם באמת היו שייכים החומרים לראשון, לא היה זוכה בקרקע זו אף אחד מהם, הראשון משום שלא סיים את הבניה, והשני משום שהעמיד דלתות על בניין חבירו, ויכול חבירו לדרוש את חומריו חזרה.
- **עוד הביא הטור את דעת הרא"ש** (בראי"ש לפנינו לא נמצא ועיין הגהות והערות אות נו) שהסכים עם הרמ"ה שלא ניתן לקנות ע"י העמדת דלתות בחומרים ששייכים לראשון. אך חלק עליו בכך שלא זכה הראשון בהגבהה ללא שהתכון לכך.
**על כן ביאר הרא"ש** שהמציאות בה דיברה הגמרא, שזכה השני ע"י העמדת דלתות, היא דווקא במציאות שבנה ע"י פועלים, והם לא כיוונו לקנות,(הנתיבות בסימן קפח ס"קא ביאר שגם המשלח לא מתכוון לקנות ע"י פועליו בסתמא, שאל"כ קונה כל שהוגבה מכוחו, אפילו אינם בני שליחות). **ולכן זכה** השני בהם, ע"י העמדת דלתות.

**השו"ע** סתם בזה, שזכה השני.
**והרמ"א הביא את דברי הרא"ש בתחילה** בלשון יש אומרים שהשני זוכה רק במציאות שהראשון בנה על ידי עצמו מחומרי הגר.
**לאחר מכן הביא הרמ"א את דברי הר"י מיגאש** בלשון יש אומרים, שאף אם בנה הראשון משלו, זכה השני בהכול.

## האם ניתן לקנות על ידי חפירת יסודות?

**כפי שהבאנו לעיל מבואר,** שאדם שבנה בית בנכסי הגר, ללא העמדת דלתות, לא קנה.
**הר"י מיגאש**(ב"ב נג: ד"ה 'ליבני') **נתקשה** מדוע שלא יקנה מכוח החפירה שעשה בקרקע, שהרי בזה עשה תיקון בגוף הקרקע, וזאת לשיטתו שסבר הסיבה שלא קנה כשבנה, היא משום שלא תיקן בגוף הקרקע.
**ותירץ הר"י מיגאש** שאכן יש לומר שמדובר שלא התבצעו חפירות בקרקע, אך במידה ונעשו חפירות, זכה הראשון בקרקע.
**הר"ן**(חידושים ב"ב נג:ד"ה 'והבונה') **והמגיד משנה** (זכיה ב, ט) **כתבו שנראה שכן דעת הרמב"ם** שכתב שהסיבה שלא קנה הראשון היא משום ש'לא עשה בגוף הארץ כלום'. ומשמע שאם עשה קנה.
**אמנם הרמב"ן** (ב"ב נג: ד,ה 'שם הכי גריס') **והרא"ש**(ב"ב ג, סא) **חלקו במפורש** על דברי הר"י מיגאש וכתבו שחפירה לצורך בניה אינה מועילה בתור מעשה קניין, ורק חפירה הנעשית לטובת חרישת הקרקע, יכולה להוות מעשה קנין.
**הב"י כתב שהעיקר כדעת הר"י מיגש וסייעתו** שאם חפר הראשון קנה, וזאת משום שסייעת הר"י מיגאש היא של 'רבים וגדולים'.
**הרמ"א סתם אף הוא בתחילה כדעת הר"י מיגאש** שניתן לקנות ע"י חפירה.
**אך לאחר מכן הביא את דעת הרא"ש והרמב"ן** שחפירה אינה יוצרת מעשה קניין.

## מה קונה: העמדת הדלת, נעילת הדלת, שניהם יחד, או כל אחד לחוד?

**מבואר במשנה בדף מב.** שניתן לקנות קרקע בנכסי הגר ע"י נעילה: ('נעל גדר ופרץ')
**ובגמרא בדף נג: שהבאנו לעיל מבואר** שניתן לקנות ע"י העמדת דלתות.
ובראשונים ישנם מספר שיטות בשאלה, אם הקניה צריכה להעשות ע"י נעילה או ע"י העמדת דלתות, או שמא די בסגירה אף ללא נעילה, ומובא בסיכומינו לסימן קצב באריכות, וכאן נביא זאת בקצרה:
**לדעת הרשב"ם,** התקנת המנעול קונה אף ללא נעילה, ונעילה אינה קונה.
**לדעת תוס'**(ב"ב נב: ד"ה גדר ופרץ)**והרא"ש בתירוצו הראשון-** נעילה לחוד קונה. העמדת דלת או התקנת המנעול אינה קונה ללא הנעילה בפועל.
**לדעת רא"ש בתירוצו השני-** התקנת דלת/ מנעול קונה אף ללא נעילה. נעילה לחוד קונה אף ללא התקנה. **מדברי הרמב"ם**(מכירה א, י) בעניין קנייה משדה חבירו עולה שקונה ע"י נעילה ופתיחה לאחר מכן [או משום שזה עצם הקניין או שהפתיחה מגלה שהנעילה נעשתה לצורך קניין עיין בזה בסיכומינו לסימן קצב.
**אך ציין הלחם משנה** (זכיה ב, ג)**שנראה** שלענין נכסי הגר סבר הרמב"ם שיש צורך דווקא בהעמדת דלתות, משום שצריך שיעשה מעשה בגוף הקרקע, ולמד כן מלשון הרמב"ם (זכיה ב, ט) שכתב:'ואין צורת אותו הבנין מועלת לו עד שיעמיד דלתות'.
**הטור בסימן קצב כתב כדברי הרא"ש בתירוצו השני** שניתן לקנות ע"י נעילה לחוד, או העמדת דלתות לחוד.
**אמנם בסימן שלנו לעניין קניה בנכסי הגר כתב**שלא ניתן לקנות ע"י העמדת דלתות ללא נעילה, והעיקר היא הנעילה, **וכתירוצו הראשון של הרא"ש.**
**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם** ממנו עולה לכאורה שבנכסי הגר שיש צורך בהעמדת דלתות.

**והרמ"א הביא את דברי הטור בלשון יש אומרים** שאם העמיד דלתות ולא נעל,, אין זה מועיל, ואם בא אחר ונעל קנה.

לשון השו"ע:

**הבונה פלטרין גדולים בנכסי הגר, ובא אחד והעמיד להם דלתות, קנה האחרון, שהראשון לא עשה בגוף הארץ כלום, והרי הוא כמי שעשה גל אבנים, שאינו קונה שהרי לא הועיל בגדר זה מפני שהוא רחב ביותר ומפולש ואין צורת אותו הבנין מועלת עד שיעמיד דלתות.**

הגה: וי"א דה"ה (אם) עשה הראשון דלתות ולא נעל, ובא שני ונעל, קנה שני (טור כ"כ הרא"ש).

וי"א דכל זה בבונה בעצים ואבנים שאינו שלו, כגון בעצים ואבנים של גר, ולא כיון לזכות בהן רק ע"י בנין, או שבנה ע"י פועלים. אבל אם זכה בהן, או שהיו שלו תחלה, שיוכל לומר: אני אטול עציי ואבניי, הרי האחרון לא החזיק בכלום, ולכן הקרקע הפקר כמו שהיה וכל הקודם זכה (שם בשם הרא"ש).

וי"א דאפילו בונה בשלו, השני זכה בכל, והא דראשון לא קנה, בבנין שע"ג קרקע, היינו כשלא בנה בנין המועיל, אבל אם עשה בנין הראוי להעמיד בהמה או תרנגולין, או שחפר בקרקע יסודות לבנין ובנה, קנה הקרקע בבניינה (המגיד פ"ב דזכייה בשם הר"י הלוי, אבן מיג"ש).

ויש חולקין וס"ל דלא קנה בחפירת היסודות (נ"י פ' ח"ה בשם רמב"ן וב"י בשם הרא"ש).

## סעיף כב

**אם ניתן לקנות בשדה הדר, ע"י הפצת זרע בשדה**

לשון השו"ע:

**המפיץ הזרע לתוך התלמים, לא קנה, שבעת שהשליך הזרע לא השביח כלום, ובעת שצמח והשביח שבח הבא מאליו הוא ואינו קונה:**

כן מבואר בגמרא בב"ב נג:-נד.

## סעיף כג

**אם קנה כשעשה מחיצה בשדה הגר, כאשר ישנה מחיצה קיימת**

לשון השו"ע:

היתה מחיצה בנכסי הגר, ובא זה ועשה מחיצה אחרת על גבה, לא קנה. ואפילו נבלעה מחיצה תחתונה והרי העליונה קיימת; שבעת שבנה לא הועיל, ובעת שהועיל, מאליו בא המעשה.

כן מבואר בעירובין כה. ודימתה הגמרא זאת לדין המבואר בסעיף הקודם בעניין מפיץ זרע לתוך התלמים, שהואיל ולא הועיל בשעת העשיה, אין בזה מעשה קניין.

## סעיפים כד, כה, כו

**האם ניתן לקנות בנכסי הגר כשאין דעתו לכך**

לשון הגמרא ביבמות דף נב:

**תניא אידך:** החולץ ליבמתו וחזר וקדשה.

**רבי אומר:** אם קדשה לשום אישות - צריכה הימנו גט, לשום יבמות - אין צריכה הימנו גט.

**וחכמים אומרים:** בין שקדשה לשום אישות, בין שקדשה לשום יבמות - צריכה הימנו גט.

**אמר רב יוסף:** מ"ט דרבי? עשאוה כעודר בנכסי הגר וכסבור שלו הן, דלא קני.

א"ל אביי: מי דמי? התם לא קא מכוין למיקני, הכא קא מכוין למיקני!

הא לא דמיא, אלא לעודר בנכסי גר זה וכסבור של גר אחר הוא, דקני!

אלא אמר אביי:...

**מן הגמרא הנ"ל ניתן ללמוד 2 הלכות הרלוונטים, לענייננו:**

1. העודר בנכסי הגר וכסבור ששלו הן, לא קנה, משום שלא התכוון במעשה זה לקנות את השדה.

2. העודר בנכסי הגר וכסבור שהם שייכים לגר אחר, קנה, הואיל וסוף כל סוף התכוון במעשהו לקנות שדה זו.

**הרמב"ם** (זכיה ב, יב) טרם הביאו הלכה זו, הקדים בהלכה נוספת, (שהיא לכאורה נגזרת מן ההלכה הראשונה), והיא שהמחזיק בנכסי הגר ובהפקר, ואין דעתו לקנות, לא קנה.

## האם צריך כוונה לקנות אף כשיש דעת אחרת מקנה?

**כתב הקצות (ד):**

'**ודע** דכל זה הוא דוקא במציאה ובנכסי הגר, אבל במתנה כהאי גוונא קנה כיון דאיכא דעת אחרת מקנה אף על גב דהמקבל לא ידע כיון שהחזיק בו זכה[108]'.

**הקצות מבסס את דבריו על דברי הראב"ד המופיעים בנימוקי יוסף** (ב"ב כב, א בדפי הרי"ף):

**הנימוקי יוסף מתייחס שם לגמראבב"ב דפמא.** שם מסופר שהיה שטף נהר שהפיל את החומה, וסייע השותף לרב ענן לבנות גדר, ונתברר שבטעות הם בנו את הגדר על שטח השותף.

**ופסק רב נחמן** שאין פה חזקה, ורב ענן צריך להחזיר לשותפו את השטח שלו, הואיל ומחילתו של השותף הייתה בטעות.

**וכתב הנימוק"י** שמשמע מגמרא זו, שאם השותף היה מתכון להקנות לרב ענן את השטח, היה רב ענן זוכה בו, אע"פ שלא התכוון כלל לזכות בו, ולכאורה זה דומה ממש לעודר בשדה חבירו וכסבור שהוא שלו שלא זכה.

**וכתב הנימוק"י בשם הראב"ד** שדווקא בשדה הגר, לא זכה, אבל במציאות שיש דעת אחרת מקנה, זכה אף שחשב שהוא בונה בתוך שלו.

**עוד הוכיח הקצות כן מדברי הרשב"א בגיטין**(כ: ד"ה ובא מעשה)שהתייחס לדברי הגמרא שם ביחס לזקן שהיה מלוה לכל העיר, וכותב את שטרי החוב בשטרותיו שלו ומקנה ללווי, מפני שצריך שהשטר יהיה שייך ללוה. וכתב על כך הרשב"א שלכאורה קשה שהרי הלוים אינם יודעים שאותו זקן מקנה להם, ובמה זה שונה מהעודר בנכסי הגר וחושב שהם שלו, והשיב על כך הרשב"א שכאשר יש דעת אחרת מקנה, זה מועיל על אף שאין הם מודעים לקניה.

**לאחר שהביא הקצות את הראיות הנ"ל** לכך שאין צורך בדעת הקונה כשיש דעת אחרת מקנה, כתב:

**וכל זה נראה שנעלם מעיני האחרונים:**

**לפי שראיתי שכתבו בפשיטות בתשובת צמח צדק** (סי' קכ"ט) גבי הקנאת פרה לאפקועי מבכורה, שאע"פ שמשכה עכו"ם כל שלא נתכוין לקנותה בזה לא קנה כמו בעודר בנכסי הגר.

**וכ"כ בפשיטות בתשובת עבודת הגרשוני**(סימן קב)**וכתבו ג"כ שם בשם תשובת מהר"סמינץ** (סימן ה)שאע"פ שעכו"ם יוליך הבהמה להשקותה לא קנה כיון שלא נתכוין לקנין, כמו בעודר בנכסי הגר וע"ש. **והרי מבואר מדברי הראב"ד והנימוק"י והרשב"א** דכל כה"ג דאיכא דעת אחרת מקנה קונה המקבל אפילו לא נתכווין לשום קנין.

**מכול מקום אף הקצות** נאלץ לסייג את דבריו, ולהודות שישנם ב' מציאויות בהם יש צורך בדעת הקונה, אף כשיש דעת אחרת מקנה:

א. במקום שהאדם מתכוון לקנות באופן אחד ולא באופן אחר, לא קנה, על אף שיש דעת אחרת מקנה.

**דבר זה נלמד מדברי הרשב"א**(ב"ב עו, ב ד"ה ולענין)שביאר שהסיבה שמסירה קונה ברשות הרבים ומשיכה דוקא בסימטא, על אף שמסירה בכלל משיכה, היא משום שכאשר הוא מושך גילה דעתו שברצונו לקנות דווקא במשיכה ולא במסירה.

ב. **בדעת הטור** צריך לומר שעכו"ם אינו יכול לקנות בלא כוונה, וזאת משום שהוא אינו שייך בתורת זכיה.

**דבר זה נלמד מכך שכתב הטור** (יו"ד סימן קלב): שאם היה עכו"ם מודד יין, אם הגביהו תחלה לקנות קנאו ואם לא הגביה תחילה לקנות לא קנאו, ומשמע שצריך שדעתו תהיה לקנות.

**עוד הכרח לזה** יש ממה שכתב הטור בסימן ר סעיף יג שהלוקח יכול לקנות במדידה אף שאינו מתכוון למעשה הקנין, וזה סותר לפסק הרמ"א ביו"ד שהבאנו כעת (קושיית המשנה המלך הלכות מכירה פרק ד הלכה ה),אלא על כרחך שיש לחלק בזה בין ישראל לגוי.

[הנתיבות בסימן ר ס"ק טו תירץ סתירה זו באופן אחר, וכתב שדווקא בעניין כלים, ניתן לקנות בלי כוונה, הואיל וידו של האדם קונה מדין חצירו, וחצרו של האדם קונה לו שלא מידעתו, והיות וגוי אינו בתורת שליחות, היא אינה יכולה לקנות לו שלא מידיעתו].

**הקצות נותר בסתירה בדעת הראב"ד,** והיא, שבסימן ר כתב הטור בשם הראב"ד שלא ניתן קנה הקונה במדידה, הואיל ולא היה בכוונתו לקנות, וזה כנגד דברי הראב"ד שהביא הנימוק"י שכשיש דעת אחרת מקנה, אין צורך בדעתו של הקונה לקנות.

---

[108] עיין לעיל בסעיף יט בעניין מחלוקת רמ"ה ורב האי אם יש צורך בקונה משדה חבירו להוכיח שהשווית הקרקע נעשית לצורך קניין והשווית הקרקע, ולביאור הקצות שאין זה משום שצריך שדעתו תהיה לקנות, אלא בכדי שהמעשה יוכיח שנעשה לצורך תיקון, שאם לא כן, אין בזה חזקה.

**וכתב הקצות** שיתכן שמדובר ב' ראב"ד שונים[109].
**האמרי ברוך כתב לסייג את הכלל המובא בראשונים** שכשיש דעת אחרת מקנה, אין צורך בדעת הקונה, **וכתב שבדעת הרשב"א יש לומר** שזה דווקא במציאות שהקונה עושה פעולה 'כאדם העושה בשלו' בדבר שהוא יודע ששייך לחבירו, אבל אם עושה פעולה בדבר שחושב שהוא שלו, אין זה מועיל, והכריח כן מדברי השטמ"ק בב"ב (מא: ד"ה 'עוד') בשם הרשב"א.
עוד כתב שאף לדעת הראב"ד הסובר שניתן לקנות בלא ידיעה, אף כשהוא חושב שהוא עושה בתוך שלו, זה דווקא, כשפועל פעולה כאדם העושה בשלו', אבל כשאינו עושה כראין ביכולתו לקנות ללא כוונה.
**לאור יסוד זה ביאר האמרי ברוך שאין כלל קושיא על פסקי הצמח צדק והעבודת הגרשוני**, משום שבמציאות שלהם, הקונה עשה פעולה לצורך בעל החפץ (רעיית בהמתו), והוא הדין שאין סתירה בדברי הראב"ד משום שהראב"ד הכתוב בטור בסימן ר עוסק במציאות שעשה מדידה בלבד, ולא פעל בזה כבשלו.

## שלח שליח לעדור בנכסי הגר בכדי לקנותם, ולא ידע השליח שאלו נכסי הגר

**כתב הקצות (ג)** שנראה שאם עשה שליח לגדור ולבנות בנכסי הגר, ולא הודיע לו שהם נכסי הגר, וחשב השליח שהם של המשלח, קנה המשלח משום שהמשלח התכוון לקנות.
**הקצות הביא ראיה לכך מדברי השטמ"ק בב"מ** (י. ד"ה וז"ל הריטב"א וד"ה והרא"ש תירץ)שהקשה מדוע האומר לחבירו תנה לי מציאה, לא זכה ברגע שהרימו חבירו כשם שאנו אמורים שאומר תן כמוהו כאומר זכה, ותירץ שם הרא"ש שזאת משום שהמצווה לא רצה להודיע לחבירו שזוהי מציאה בשביל שלא יקנה בשביל עצמו, ולכן אמר תן לי דבר זה ולא היה בדעתו לזכות.
**ודייק הקצות מדברי הרא"ש** שאם היה אומר הגבה לי, זה היה מועיל לזכות, אף שהשליח לא ידע שהוא עושה פעולת קניה.
[**ר' שמעון שקאפ (ב"מ סימן יב) כתב על דברי הקצות הנ"ל:** 'ובאמת מדברי הרא"ש מבואר להיפך, דודאי המשלח כיון שיזכה בהגבהתו ולמה לא קני. ומה שכתב בקצה"ח מדאמר תנה לי משמע דם היה אומר הגבה לי היה קונה, ולא אדע מה הוכחה היא זו]
**עוד הוכיח הקצות כן מדברי התוספות בב"מ**(י: ד"ה 'אי בעי לא עביד) שביארו שהסיבה שגנב שנתן בהמה לשומר והגביהו השומר או הוציאו חייב הגונב, ואיננו אומרים שאין שליח לדבר עבירה, זאת משום שהשומר אינו יודע שהבהמה גנובה, ויש לדמות זאת לחצר שהואיל ומניחים בה בעל כורחה, יש בזה שליח לדבר עבירה.
**והוכיח הקצות מכאן** שאף שהשליח אינו יודע כלל שהוא עושה מעשה קנין של גניבה, הועיל מעשה הקניין שלו לחייב את הגונב.
[**כתב ר' שמעון שקאפ**: לענ"ד אין ראיה כלל... והכא בגניבה שאני דא"צ קנינים רק מעשה גרידא לעכב דבר של חבירו ולהכניסו אצלו, וכיון שעשה השליח מעשה כזה בשליחותו, הרי נעשה ענין הגניבה כמו בכל גניבה דעלמא'].
**ר' שמעון שקאפ השיג על דברי הקצות**(ב"מ סימן יב)וכתב שכל שאין השליח מתכון לקנות, אין משמעות לפעולתו, כשם שלא ניתן ששליח שאינו בר קנין יעשה מעשה קנין.
**עוד נימק וכתב** שלא ניתן לחלק את המעשה והכוונה לשני בני אדם, ומעשה השליח ללא כוונה הינו מעשה קוף בלבד, ולא מועיל כוונת המשלח, והאריך עוד להשיג על הקצות וכתב שבעניין החזקה יותר פשוט שאין זה מועיל, עי"ש בדבריו.
לשון השו"ע:

**<u>סעיף כד:</u>**
**המחזיק בנכסי הגר ובהפקר ואין דעתו לקנות, אף על פי שגדר ובנה, לא קנה.**

**<u>סעיף כה:</u>**
**העודר בנכסי הגר וכסבור שהם שלו, לא קנה.**

**<u>סעיף כו:</u>**
**עדר בנכסי גר זה וכסבור שהיה של גר אחר, הואיל ונתכוון במעשיו אלו לזכות מההפקר, הרי זה קנה:**

---

[109] עיין עוד בדברי הקצות שלאור דבריו כאן יצא להכריע שהצורך בכוונה בחליצה אינה משום קניין, לא מטעם שצריך כוונה במצוה, שהרי בקנין אין צורך בכוונה כשיש דעת אחרת מקנה, ואין טעם לכך שגם האשה תתכון לחליצה. והשיג בזה על מסקנתו של החכם צבי (סימן א).
ע"ש עוד שכתב להוכיח כדברי מהרי"ט ש'היכא [דמסברו] ליה וסבר שבחליצה זו נפטרת ממנו אינו צריך שיהא בכונת הלב באותו שעה'.

## סעיף כז

### משכונו של ישראל שנמצא ביד הגר

לשון הגמרא בב"ק מט:

**אמר רבה:** משכונו של ישראל ביד גר ומת הגר, ובא ישראל אחר והחזיק בו - מוציאין אותו מידו.

מאי טעמא? כיון דמית ליה גר, פקע ליה שעבודיה.

**מבואר בגמרא** שישראל שהיה חייב לגר, ונתן לאותו הגר משכון, ומת אותו הגר. כבר פקע שעבוד הנמצא במשכון, ויש להשיבו לבעליו, ואם תפס אחר את אותו המשכון, מוציאים אותו מידו, **וכן פסק השו"ע.**

### משכון שלא בשעת הלואה

**כתבו התוספות**( ב"ק מט: ד"ה 'משכונו') שאפילו במשכון שלקח שלא בשעת הלוואה אין לו עליו אלא שיעבוד, שהרי יכל הישראל לפדות אותו.

**הש"ך (ז) הביא את דברי תוספות וכתב שלפי הכרעתו בסימן עב (ט)**שבמשכון שלא בשעת הלוואתו מתחייב המלווה באונסים, יוצא שכבר זכה בו, ויכול אחר לזכות בו.

### גר המחזיק שטר של משכון קרקע על ישראל ומת

**כתב התרומות**(שער מט חלק יח אות ד)שאם יש לגר שטר חוב על משכונת קרקע מוחזקתדינו כמשכון של מטלטלין, שאף לגביו פקע השעבוד, **וכן פסק השו"ע.**

לשון השו"ע:

**היה משכון ישראל ביד הגר, וכשמת הגר בא ישראל אחר והחזיק במשכון זה, מוציאין אותו מידו, שכיון שמת הגר בטל שעבודו. והוא הדין אם יש לו לגר שטר חוב על משכונות קרקע מוחזקת.**

## סעיף כח

### משכונו של גר ביד ישראל, וגר שהיה חייב לישראל, אם יכול לגבות מהזוכים בנכסיו?

עוד מבואר בגמרא בב"ק מט: בשם רבה:

משכונו של גר ביד ישראל ומת הגר, ובא ישראל אחר והחזיק בו - זה קנה כנגד מעותיו, וזה קנה את השאר.

הגמרא דנה בדין זה:

**ואמאי?** תקני ליה חצירו? דהאמר רבי יוסי בר חנינא: חצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו! **אמרי:** הכא במאי עסקינן - דליתיה, כל היכא דאיתא לדידיה, דאי בעי מקני [מצי] קני - קניא ליה [נמי] חצירו, כל היכא דליתיה לדידיה, דאי בעי הוא למיקני לא מצי קני - חצירו נמי לא קניא.

**והלכתא** - דליתיה בחצירו דלא קנה.

**רבה קובע**, שאם היה הגר חייב כסף לישראל, והביא לישראל משכון, ומת אותו הגר. נעשה אותו המשכון הפקר, וכל הקודם ומחזיק בו זכה.

**הגמרא מקשה על דין זה,** שלכאורה, היה צריך להיות הדין שהישראל המחזיק במשכון, יקנה אותו באופן אוטומטי מכוח קניין חצר, שהרי חצרו של האדם קונה לאדם אף ללא דעתו.

**הגמרא מתרצת על כך** שמדובר במציאות שאותו ישראל אינו נמצא (וביאר רש"י שאינו נמצא באותו העיר), ומכיוון שהוא לא יכול לקנות, לכן אף חצירו אינה יכולה לקנות בשבילו.

**אמנם להלכה הסיקה הגמרא,** שרק במציאות [שהמשכון] (כך פירש רש"י) לא נמצא בחצירו של ישראל באותו זמן, לא קנה. אך במידה והמשכון נמצא באותו הזמן בחצר ישראל, זכה בה אותו ישראל מכוח קנין חצר.

**תוספות כתבו** (ד"ה 'והלכתא') שלפי פירוש רש"י לגמרא, שהמסקנה היא שכל שהמשכון בחצר קנה, צריך לומר שמדובר בחצר המשתמרת, שהרי חצר שאינה משתמרת אינה קונה לו לאדם במידה ואינו נמצא לצידו, וכן צריך לומר שהתירוץ הראשון של הגמרא ודאי אינו להלכה.

**אך הביאו תוספות שר"י פירש באופן אחר,** והוא, שהגמרא אומרת לבסוף שכאשר בעל החצר אינו נמצא, אין זה קונה, וזאת משום שצריך שיעמוד לצידו בחצר שאינה משתמרת, ולשיטתו 2 התירוצים נכונים להלכה.
**מדברי המרדכי (ב"מ רנח) עולה פירוש שלישי** והוא שבאמת מדובר בחצר המשתמרת, ואעפ"כ לא ניתן לקנות בה במידה ובעל החצר לא נמצא ליד, וזאת משום שהקונה לא העלה על דעתו לקנות זאת, ובאופן זה, אין חצרו קונה לו שלא מדעתו.
**הרמ"א פסק כדברי המרדכי הנ"ל בסימן רסח סעיף ג, וכן הביאם פה בסימן שלנו.**
**והנתיבות שם בס"ק ג תמה על כך** ששאר הפוסקים לא למדו כן בגמרא, וכן בשו"ע בסימן עב סעיף משמע שפסק השו"ע שלא כמרדכי.
**הרמב"ם** (זכיה ב, טז)**פירש כרש"י** שכל שהמשכון נמצא בחצר, קנה בעל החצר (וכתבו המ"מ והאבן האזל שאף הוא העמיד את דברי הגמרא בחצר המשתמרת), **וכן פסק השו"ע**.

## ישראל שהחזיק פקדון של גר, ומת הגר

**כתב בעל התרומות** (שער מט אות ב)שכשם שהמחזיק במשכון הגר בחצירו, ומת הגר, זכה בעל החצר, הוא הדין במדה והחזיק פקדון של גר, וכן הוא הדין שאם לא היה באותה העת בחצירו, או שחצרו אינה משתמרת, שלא קנה, **וכן פסק הרמ"א.**

## היה הגר חייב לישראל ומת, אם נותר שעבוד החוב על הנכסים?

**בגמרא שהבאנו התבאר** שאם היה הגר חייב לישראל, ונתן לו משכון בעבורו, יכול הישראל לגבות מאותו החוב, אף במידה וקדם אדם אחר וזכה בו.
**ולכאורה היה ניתן לדייק מכאן** שרק במידה ויש לישראל משכון, הוא יכול לגבות חובו אף במידה וכבר זכה בהם אחר.
**אך כתב הרשב"א**(ב"ק מט: ד"ה משכונו)שאין לדייק כן, והגמרא נקטה מקרה של משכון בכדי ללמדנו שאף שהמשכון ביד ישראל יכול אחר לזכות בו. ובאמת אף במידה ולא היה לו משכון, יכול בעל חובו של הגר לגבות חובותיו מנכסי הגר, גם אם כבר זכו בהם אחרים, משום שנכסי הגר דינם כהפקר, והפקר לא עדיף מהקדש דמים, ומבואר בערכין (כג:) שבעל חוב גובה מן ההקדש ומוסיף עוד דינר.
**כדברי הרשב"א כתבו העיטור** (סוף הלכות מלוה על המשכון)**והמגיד משנה** (זכיה ב, טז).
**וכתב העיטור** שיכול המלוה לגבות חובו מהתופסים בנכסי הגר במידה ויש לו עדים על החוב, ובמידה ומת הגר בתוך זמן הפרעון.
**וכתב הב"י** שבמידה והחוב בשטר, אף אם מת לאחר זמן הפרעון יכול לגבות, (משום שהלווה לא יכל לטעון **פרעתי**).
**עוד כתב העיטור** שצריך המלוה להפרע מן המחזיק בנכסי הגר בשבועה, הואיל ודינו של המחזיק כדינו של יורש, והבא להפרע מן היורש צריך שבועה.

## החזיק אחד בחלק מנכסי הגר, ואח"כ בא אחר והחזיק בחלק, אם יכול הראשון לומר למלוה הנחתי לך מקום לגבות ממנו?

**המגיד משנה** (זכיה ב, טז). **חקר** בעניין זה, ונשאר בתחילה בצ"ע.
**לאחר מכן הביא שבתוספתא**(כתובות י, ו)**מבואר** שאכן המלוה צריך לגבות דווקא מן האחרון.

לשון השו"ע:
**היה משכון הגר ביד ישראל, ובא ישראל אחר והחזיק בו, לוקח ממנו הראשון כנגד מעותיו, והאחרון קונה את השאר.**
**במה דברים אמורים? משלא היה המשכון בחצר הראשון, אבל אם היה בחצרו, חצרו קונה לו שלא מדעתו ואין לזה האחרון כלום.**
הגה: וה"ה לפקדון של גר שביד ישראל (ב"י בשם התרומות).
מיהו אם הוא דבר דלא הוה ליה לידע לבעל החצר, לא קנה (מרדכי פ"ב דמציעא).
וע"ל סימן רס"ח. היה הגר חייב לישראל בשטר או בעדים, אין שום אדם יכול להחזיק (בשעור) החוב, והמחזיק בנכסיו יש לו דין יורש, והבא לפרוע ממנו כבא ליפרע מן היורשין (המגיד פ"ב דזכיה וב"י בשם בעל העיטור).

# סעיף כט

## מי זוכה בעבדי גר שמת?

לשון הגמרא בקידושין כג. ובגיטין לט.

גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו, והיו בהן עבדים, בין גדולים בין קטנים - קנו עצמן בני חורין.

**אבא שאול אומר:** גדולים - קנו עצמן בני חורין, קטנים - כל המחזיק בהן זכה בהן.
ובגמרא בגיטין נחלקו האמוראים כמי לפסוק:

**אמר רבי יעקב בר אידי א"ר יהושע בן לוי:** הלכה כאבא שאול...

**ורבי חייא בר אבא אמר רבי יוחנן:** אין הלכה כאבא שאול.

**ופסקו הרי"ף**(גיטין כ:)**והרא"ש**(פרק ד סימן כב)**והרמב"ם**(זכיה ב, ז). שהלכה כר' יהושע בן לוי וכאבא שאול שבקטנים כל המחזיק בהן-זכה בהן.
לשון השו"ע:

**גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו, והיו בהם עבדים, גדולים קנו עצמם בני חורין; קטנים, כל המחזיק בהם זכה.**

## סעיף ל

**הגמרא בב"ב קמב.דנה בשאלה** אם עובר יכול לזכות.
**הגמרא מנסה להוכיח שעובר קונה** מהמבואר בברייתא שגר שמת ובזבזבו ישראל נכסיו, ושמעו שיש לו בן או שהייתה אשתו מעוברת, חייבים להחזיר את מה שבזבזו. ואם החזירו ואח"כ שמעו שמת הבן או שהפילה אשתו, המחזיק בפעם השניה זכה ולא המחזיק בפעם הראשונה.
**רצתה הגמרא להוכיח מכאן** שעובר קונה ולכן ההחזקה הראשונה בעודו חי ללא הועילה, משום שהנכסים היו שייכים לעובר.
**הגמרא הביא 2 דחיות להוכחה זו:**

א. **אביי אמר** שאין לדמות זכיה לירושה, הואיל וירושה בא מאליה.
ב. **רבא ביאר** שהטעם שהראשונים לא זכו, היא משום שחזקתם הייתה רפויה, מפני שלא היו בטוחים אם יש לגר יורש.

**הגמרא שואלת** מה הנ"מ בין התירוצים?
**ומשיבה הגמרא** שהנ"מ היא במידה ו'שמעו בו שמת, ולא מת, ואח"כ מת'.
**הרשב"ם ביאר** שמדובר שבתחילה היו בטוחים שהעובר מת, ולבסוף נתברר שלא מת ואח"כ באמת מת, ולכן לדעת רבא זכו הראשונים משום שבתחילה החזיקו מכוח שהיו בטוחים שמת, ולא הייתה חזקתם רפויה, ואילו לדעת אביי לא זכו הראשונים, משום שהעובר באותו זמן עיכב מהם לזכות, **וכן נראה שהבין הר"י מיגאש**(ד"ה אמר רב ששת)**.**
**אך הרמב"ם** (זכיה ב, יח)**פירש** שמדובר ששמעו שמת, ולאחר מכן שמעו שלא מת, ולבסוף נתברר שבאמת מת בתחילה.
**המ"מ ביאר בדברי הרמב"ם** שהסיבה שלא הועילה חזקתם הראשונה, היא משום שהשמועה הראשונה לא הייתה ברורה דיה.
**אך הגר"א (כט) ביאר** שהרמב"ם לא גרס 'ואח"כ מת' אלא 'ומת' , ולפי זה יוצא שהסיבה שלא זכו בתחילה, היא משום שהיות ושמעו ששמועה הראשונה הייתה טעות, כבר נסתלקו מן החפץ, ולפי זה יוצ א שהרמב"ם ביאר שחזקתם רפויה, לא משום שהחזיקו מכוח שמועה שאינו ודאית, אלא משום שלאחר מכן הרפו מהחזקתם משום שהבינו שיש לאותו הגר יורש.
**עוד יש לציין** שהרמב"ם כתב מקרה נוסף, והוא ששמעו שהגר עצמו מת, ואח"כ שמעו שלא מת ולבסוף נתברר שמת בתחילה, והגר"א הבין שכך גרס בגמרא, ולדינא לכאורה אין הבדל בדברים.
**השו"ע פסק כלשון הרמב"ם.**
**וכתב הסמ"ע (מא)** שאין להקשות מדוע בעניין אבילות נפסק (יוד סימן שמ סעיף כו) שאם קרע קריעה על אביו ואח"כ הוגד לו שלא מת ופסק מאבילתו ואח"כ חזרו לומר לו שאמת היה שמת בראשונה, שיצא ידי קריעה והימים שנהג באבילותו, משום שסוף כל סוף קיים את הקריעה בשעת חימום, ואין שום משמעות למה שקרא אח"כ.
לשון השו"ע:

**גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו, ושמעו שעדיין לא מת או שיש לו בן או שאשתו מעוברת, כולם חייבים להחזיר.**
**החזירו כולם, ואח"כ שמעו ששמועה ראשונה אמת היתה, ובראשונה מת או מת בנו מקודם או הפילה אשתו, כל המחזיק בשנייה קנה, ובראשונה לא קנה:**

## סעיף לא

**דין חובות גר שמת**
לשון השו"ע:

**גר שמת ובזבזו ישראל נכסיו, והיו עלו חובות, כל מלוה שנגבית מהיורשים ומהלקוחות נגבית גם מאלו שזכו בהם, ואין גובים מהם אלא בשבועה. היו רבים שהחזיקו בהם, אחרון נפסד, אין לו, גובין משלפניו.**

פרטי דין זה בוארו לעיל בסעיף כח.

# סימן רעו
## סדר הנחלות כיצד הוא ובו ו סעיפים:
## סעיף א

**סדר הנחלה**

לשון המשנה בב"ב קטו.

סדר נחלות כך הוא: "איש כי ימות ובן אין לו והעברתם את נחלתו לבתו" (במדבר כז, ח):

בן קודם לבת, כל יוצאי יריכו של בן קודמין לבת.

בת קודמת לאחין, יוצאי יריכה של בת קודמין לאחין.

אחין קודמין לאחי האב, יוצאי יריכן של אחין קודמין לאחי האב.

**זה הכלל:** כל הקודם בנחלה - יוצאי יריכו קודמין. והאב קודם לכל יוצאי יריכו.

ובגמרא ב"ק קטז. קטז:

**בעי רמי בר חמא:** אבי האב ואחי האב, כגון אברהם וישמעאל בנכסי עשו, איזה מהן קודם?

**אמר רבא,** תא שמע: האב קודם לכל יוצאי ירכו. ורמי בר חמא?אגב חורפיה לא עיין בה.

**בעי רמי בר חמא:** אבי האב ואחיו, כגון אברהם ויעקב בנכסי עשו, איזה מהן קודם?

**אמר רבא,** תא שמע: האב קודם לכל יוצאי יריכו.

**ורמי בר חמא?** יוצאי יריכו שלו, ולא יוצאי יריכו של בנו.

**ה"נ מסתברא,** דקתני, זה הכלל: כל הקודם בנחלה - יוצאי יריכו קודמין,

ואילו איתיה ליצחק - יצחק קודם, השתא נמי דליתיה יצחק - יעקב קודם, שמע מינה.

לשון השו"ע:

**סדר נחלות כך:**

**מי שמת, בנו יורשו.**

**לא נמצא (לו) בן, רואים אם יש לבן זרע, בין זכר בין נקבה עד סוף כל הדורות, עומד במקומו ויורש הכל.**

**לא נמצא זרע לבן, אם יש לו בת תירשנו.**

**לא נמצא לו בת, אם יש לה זרע, בין זכר בין נקבה עד סוף כל הדורות, יורש הכל.**

**לא נמצא לה זרע, תחזור הירושה לאביו של מת.**

**ואם אין אביו קיים, תחזור לזרעו שהם אחי המת.**

**אם יש לו אח, יורש הכל.**

**לא נמצא לו אח אם הניח זרע עד סוף כל הדורות עומד במקומו לירש.**

**לא נמצא לו אח ולא זרע ממנו, תחזור הירושה לאחות המת או לזרעה עד סוף כל הדורות.**

**לא נמצא לו אחות ולא זרע ממנה, תחזור הירושה לאבי אביו של מת.**

**ואם אינו קיים, חוזר לזרעו שהם אחי אבי המת, אם יש לו אחים או לזרעם עד סוף כל הדורות. ואם אין אחים לאבי המת, ולא זרע מהם, חוזרת לאחות אבי המת או לזרעה עד סוף כל הדורות. ואם אין אחות לאבי המת ולא זרע ממנה, חוזרת לאבי אבי אביו של מת. ואם אינו חי, מורישו לזרעו שהם אחי אבי אביו של מת או לזרעם עד סוף כל הדורות.**

**לא נמצאו אחי אבי אביו של מת ולא זרעם, חוזרת לאחות אבי אביו של מת או לזרעה עד סוף כל הדורות. ועל זה הדרך נחלה ממשמשת למעלה עד ראובן:**

## סעיף ב

**מי קודם בנחלה- בת היורש או בת בן היורש?**

לשון השו"ע:

**מי שמת והניח בת ובת הבן, אפילו בת בת בת הבן עד סוף כמה דורות היא קודמת ותירש הכל, ואין לבת כלום.**

**והוא הדין לבת האח עם האחיות, ולבת (בן) אחי אביו עם אחות אביו, וכן כל כיוצא בזה.**

כך עולה במשנה לעיל שלעולם יוצאי ירכיו של בן קודמים לבת.

## סעיף ג

**שני בנים היורשים מנכסי אביהם ומתו, לאחד ג' בנים ולאחד בת, כיצד יחלקו?**

לשון המשנה בב"ב קטז:

בנות צלפחד נטלו ג' חלקים בנחלה: חלק אביהן שהיה עם יוצאי מצרים, וחלקו עם אחיו בנכסי חפר, ושהיה בכור נוטל שני חלקים.

לשון השו"ע:

**מי שהיו לו שני בנים, ומתו שניהם בחייו, והניח האחד שלשה בנים והשני לא הניח אלא בת אחת, ואחר כך מת הזקן, בת הבן יורשת חצי הנכסים, ושלשת בני הבן האחר יורשים החצי האחר, שאנו רואים כאילו הבנים קיימים ויורשים בשוה, וכל אחד מוריש לבניו חלקו.**

**ועל דרך זה חולקים בני האחים ובני אחי האב עד ראש הדורות.**

## סעיף ד

**אמא (אם יכולה אם לירש ואם אחים מאם יורשים ואם ילדים יורשים את אמם)**

לשון המשנה בב"ק קח.

יש נוחלין ומנחילין, ויש נוחלין ולא מנחילין, מנחילין ולא נוחלין, לא נוחלין ולא מנחילין:

אלו נוחלין ומנחילין: האב את הבנים, והבנים את האב, והאחין מן האב - **נוחלין ומנחילין.**

האיש את אמו, והאיש את אשתו, ובני אחיות - **נוחלין ולא מנחילין.**

האשה את בניה, והאשה את בעלה, ואחי האם - **מנחילין ולא נוחלין.**

והאחין מן האם - **לא נוחלין ולא מנחילין.**

ובגמרא ב"ב קי.-:

**מנא הני מילי?**

**דתנו רבנן:**"וכל בת יורשת נחלה ממטות בני ישראל" היאך בת יורשת שני מטות? אלא זו שאביה משבט אחד, ואמה משבט אחר ומתו וירשתן.

ואין לי אלא בת, בן מנין? אמרת קל וחומר ומה בת שהורע כחה בנכסי האב יפה כחה בנכסי האם, בן שיפה כחו בנכסי האב אינו דין שיפה כחו בנכסי האם

וממקום שבאת מה להלן בן קודם לבת אף כאן בן קודם לבת

**ר' יוסי בר' יהודה ור"א בר' יוסי אמרו משום רבי זכריה בן הקצב**אחד הבן ואחד הבת שוין בנכסי האם.

מאי טעמא? דיו לבא מן הדין להיות כנדון.

ותנא קמא לא דריש דיו? והא דיו דאורייתא הוא?!

**דתניא** מדין קל וחומר כיצד?"ויאמר ה' אל משה ואביה ירק ירק בפניה הלא תכלם שבעת ימים" קל וחומר לשכינה ארבעה עשר, אלא דיו לבא מן הדין להיות כנדון.

**בעלמא** דריש דיו ושאני הכא דאמר קרא:"ממטות" מקיש מטה האם למטה האב מה מטה האב בן קודם לבת אף מטה האם בן קודם לבת.

**מבוארבמשנה** שהאם אינה יורשת, אך היא מורישה בין לבנה ובין לבתה.

**הגמרא למדה** שאם יכולה להוריש מהמבואר שבת יכול לירש מ2 מטות שונים, ועל כרחך שיורשת גם מהאב וגם מהבן, ועל אף שלימוד זה נאמר לגבי בת, אנו למדים שאף בן יורש את אמו.

**ונחלקו התנאים** האם בן קודם לבת כדין ירושת האב, או שבזה שוין הוף שהרי כל הלימוד נאמר לגבי בת ודיו לבא מן הדין להיות כנדון:

**דעת ת"ק** שהבן קודם לבת, הואיל והוקשה מטה אם למטה אב, וכשם שקודם הוא באב, כך קודם הוא באם.

**ואילו ר' יוסי בר' יהודה ור"א בר יוסי סברו** ששוין הבן והבת בנכסי הבן, ש'דיו לבא מן הדין להיות כנדון'.
**הפוסקים הכריעו כת"ק** שאף בנכסי האם- קודם הבן לבת.

## נכסי שתוקי

**פסק הרמ"א מכוח דברי תרומת הדשן** (סימן שנב)שנכסי 'שתוקי' (שלא ידוע מי אביו)דינם כהפקר וכנכסי הגר, ונימק זאת משום שמשפחת אם אינה משפחה ואינה יכולה לירש, ולא ידוע מיהי משפחת אביו, ועל אף שלעניין יוחסין נאמנת אמה לומר שנבעלה לכשר, מכול מקום לענין דיני ממונות אינה נאמנת.
**הפת"ש (ג) הביא את דברי החוות יאיר** (סימן רלא) **שהתקשה בדינו של תרומת הדשן,** וכתב שיש בעלים לנכסים אלו, אלא שלא ידוע מיהם ולכן יותר מסתבר להשאיר נכסים אלו כמונחים עד שיבואו אליהו מאשר להפקירם.
**מדברי הנתיבות בסימן רעו ס"ק א עולה ישוב לתמיהה זו**: שם כתוב שכל שהדבר לא יכול להתברר לעולם הרי הוא נחשב כיאוש והפקר גמור, ודומה ממש לנכסי הגר.
**עוד הביא הפת"ש (ב) את דברי המים חים**(חו"מ סימן כד) שכתב שאם היה ידוע מי האבא, והלך למדינת הים ונשכח מי הוא, ומת בנו, יש להשאיר את נכסי מונחים עד שיבוא אליהו, משום שיתכן שהדבר יבוא לידי בירור.

## [מת אדם ואינו ידוע מיהו והיו נכסיו מופקדים ביד אחר

**הפת"ש בסימן רפה ס"ק ג** הביא מחלוקת בדבר מציאות שמת אדם ואינו ידוע מי הוא, ונכסיו היו מופקדים ביד אחר:
**המהר"ם לובלין** (סימן יב) **פסק** שב"ד מוציאים מיד הנפקד ומעמידים אפוטרופוס.
**לעומתו סברו היעב"ץ**(שאילת יעבץ חלק א סימן קמב)**והחתם סופר** (חו"מ סימן קכב) שיש להשאיר את הנכסים ביד הנפקד, ומן השמים זכו לו.
**החתם סופר** ביאר שלא מסתבר שיבואו יורשים שיכולים לברר שהם באמת יורשים, משום שלא ידוע מיהו המת].

לשון השו"ע:

**משפחת האם אינה קרויה משפחה, שאין האם יורשת את בנה ולא את בתה. ואחין מאם ולא מאב אין יורשים זה את זה, אלא כל אחד, משפחת אביו יורש אותו.**
(ואפילו שתוקי שאין לו יורשין מן האב, אין משפחת אמו יורשין אותו אלא הרי הוא כגר ונכסיו הפקר) (תרומת הדשן סימן שנב).
**אבל האיש יורש את אמו, וכן הבת את אמה אם אין לה בן, שדינה בנכסי האם כמו בנכסי האב, שניהם יורשים אותה אלא שהבן וזרעו קודמין לבת:**

# סעיף ה

## האם עובר יורש ואם עובר מוריש?

השאלה האם עובר יורש ומוריש מורכבת ממספר סוגיות ובתחילה נדון בנפרד בכל אחת מהם:

## האם דווקא תינוק בן יום אחד נוחל ומנחיל או גם עובר?

**הגמרא בב"ב קמב.-: מביאה מחלוקת אמוראים** משולשת אם ניתן לזכות לעובר, או שלא ניתן, או שניתן רק כשאמר שמזכה לעובר לשתלד(דין זה התבאר בסיכומינו לסימן רי ע"ש).
**הגמרא מנסה להוכיח שעובר אינו קונה**ממשנה (נדה מג:) הקובעת שתינוק בן יום אחד- נוחל ומנחיל.
**ומדייקת הגמרא** שדווקא תינוק בן יום נוחל ומנחיל ומשמע שעובר לא, ומכאן יש ללמוד שעובר אינו יכול לקנות.
**רב ששת דוחה ראיה זו ומבאר** שהברייתא מתכוונת לומר שתינוק בן יום אחד יכול לירש את אמו, וכשמת להוריש לאחיו מן האב, וזה עובר לא יכול לעשות, משום שהוא מת קודם, 'ואין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מן האב'.
**הגמרא מקשה** על ההנחה שהעובר מת קודם אמו שהרי היה מקרה בו פרכס התינוק ג ימים.
**מר בר רב אשי השיב על זה** שפרכוסו של העובר דומה לפרכוס זנב לטאה שאף על גב שכבר אינה חיה, היא ממשיכה לפרכס.
**מר בריה דרב יוסף מביא דחיה אחרת בשם רבא, ומבאר את הברייתא באופן שונה,** לפי דבריו, הברייתא עוסקת בירושת בכור וקובעת שבכור מקבל את החלק הכפול בירושה לפי מספר האחים הקיימים כעת, ובמידה ויוולדו בנים לאחר מכן, הם אמנם יחלקו בשווה יחד עם שאר האחים, אך

חלק הבכורה של הבכור לא ישתנה כמבואר בפסוק שחלוקת הבכורה נעשית דווקא ביחס למי ש'יָלְדוּ לוֹ בָנִים' כמבואר בפסוק (דברים כא, טו)(לדוגמא: אם הוריש האב מאה אלף שקלים ויש לו 3 בנים חיים ועובר בבטן, הבכור יקבל 25.000 ₪ מן הירושה כחלק הבכורה ולאחר מכן יחלקו כל ארבעת האחים יחד בשוה [כולל העובר] ויקבל כל אחד 18,750 ויוצא שהבכור יקבל 43,750).ובזה חידשה הברייתא שולד בין יום נחשב כולד חי וממעט מחלק בכורתו של הבכור, אבל עובר לא.

**תוספות בנדה**(מד. ד"ה 'איהו מיית ברישא') הקשו על ביאורו של רב ששת שהסיבה שעובר אינו יורש, היא משום שהוא מת לאחר האם, שהרי בגמרא בערכין (ז.)מבואר שישנם מציאויות בהם העובר מת לאחר מות האם, וכפי שמבואר שם שאסמתה אשה בהריון בשבת, מחללים את השבת בכדי להציל את העובר, וביארו תוספות (ב"ב קמב. ד"ה 'דהוא') שבמידה והעובר כבר נעקר לצאת(שכבר ישבה על המשבר), הוא לא מת קודם אמו.

וא"כ מקשים תוספות שהיה לברייתא לומר שאף עובר שאמו יושבת על המשבר נוחל ומנחיל[110].

**ותירצו תוספות** שאכן ישנם מציאויות בהם אף עובר נוחל ומנחיל, והסיבה שהברייתא לא שנתה שגם עובר יורש ומנחיל היא משום שאין הדבר 'פסוק' שהרי פעמים רבות הוא מת קודם אמו ואינו מנחיל.

## כשמתה האם קודם העובר, אם יש להגדירו כעובר או כולד?

**תוספות ממשיכים לדון במעמדו של עובר שנותר חי לאחר מות אמו** כגון שישבה על המשבר או שנהרגה בידי אדם (עיין הערה 110).

**ובתחילה כתבו תוספות** שאפילו במציאות שכבר מתה האם, אם הרג אדם את העובר הוא אינו חייב מיתה כדין רוצח, והוכיחו כן מהמשנה באהלות (ז, ו ומופיעה בסנהדרין עב:) שאם האשה מתקשה בלידה ועלולה למות, חותכים את עוברה. אך אם כבר יצא העובר, אין לחתוך העובר משום שאין דוחים נפש מפני נפש מכאן למדו תוספות שכל שהעובר בבטן אמו, לא חל עליו דין רציחה.

**אך בהמשך כתבו תוספות** שיתכן שבמידה וכבר מתה האמא, יש לחייב על רציחה אף כשהעובר עדיין במעי אמו משום שכבר אינו תלוי בחיות האם, ויש להחשיבו כמי שמונח בקופסא. (תוספות הביאו ראיה לזה מכך שמחללים את השבת בשביל לחתוך את העובר, ומשמע שיש להחשיבו כנפש ממש, אך כתבו שניתן לדחות שאף שיתכן ש'מותר' להרגו, מותר לחלל עליו שבת בכדי להצילו כדין גוסס).

**הקצות בסימן רט** (ס"ק ג)**כתב** שלפי האפשרות השניה בתוספות שלאחר שמתה האמא, נחשב העובר כמי שמונח בקופסא, שוב לא שייכת קושית תוספות הראשונה, מדוע נקטה המשנה שדווקא תינוק בן יומו נוחל ומנחיל ולא עובר, משום שכל שמתה אמו, דינו כתינוק ולא כעובר[111].

**כדברי הקצות נמצא במפורש בדברי התוספות רי"ד** (נדה מד. ד"ה 'ודוקא') שנדרש לשאלה מדוע יש צורך בדברי רב ששת שעובר מת קודם אמו, לאור המסקנה שעובר אינו יורש (נדון בזה לקמן) והציע בתירוצו השני שלאחר שמתה אמו, שוב הוא אינו נחשב כעובר, והוא יורש מן הדין.

**אמנם שאר הראשונים כתבו ביאורים אחרים ביחס לשאלה** אם יש צורך בדברי רב ששת למסקנה (יובא לקמן), ועולה מדבריהם שסברו שאם עובר אינו יורש, אז גם לאחר שמתה האם אין להחשיבו כיורש.

**הריטב"א בנדה** (מד. ד"ה 'אבל עובר לא')**כתב במפורש** שלהלכה שעובר אינו יורש, הוא אינו יורש אף לאחר שמתה האם, ויוצא שסבר שעובר נחשב כעובר אף לאחר שמתה אמו כל עוד לא יצא מבטן אמו.

## האם להלכה עובר נחשב כיורש?

**יש לציין שלכאורה כל מהלך הגמרא כאן בא לבאר את השיטה הסוברת שניתן לזכות לעובר**, והלא להלכה נפסק בגמרא במפורש שלא ניתן לזכות לעובר (אלא שנחלקו הראשונים אם יכול לזכות לכשיוולד).

**ולכאורה לפי זה היה מקום לומר** שאין כלל צורך לתירוץ שהעובר מת קודם, ואף אם ימות לאחר מכן, אינו יורש (אלא אם נאמר כקצות שבמקרה זה כבר אינו נחשב כעובר), אלא שאין הדבר פשוט וכפי שיבואר להלן:

---

[110] עוד מבואר בערכין שגם במידה והאשה נהרגת בידי אדם, העובר מת אחריה, ולכן יש להכות על עובר אשה בהריון היוצאת להורג בכדי להמיתו קודם שהיא מיתה שלא תתנוול. אך נראה שזה לא היה קשה לתוספות עי"ש.

[111] אמנם יש להעיר שאם נכונים דברי הקצות, יש לדברי התוספות הנ"ל קושי מן הגמרא, שהרי הגמרא הקשתה על האמירה שעובר מת בתחילה, שהרי היה מעשה שפירכס העובר ג' ימים, ולפי הבנה זו לא מובנת קושיית הגמ' שהרי לפי ההנחה שאכן פרכוס זה מעיד על כך שהוא חי, הוא אינו עובר אלא תינוק בן יומו, שהרי לפי ביאור זה עצם ההגדרה של עובר היא שהוא חי רק מכוח חיות אמו, וצ"ע. ומצאתי בקובץ שיעורים (ב"ב תצז) שהציע (מבלי להתייחס לקושייתי) שיש לחלק ולומר שאף שאמרו תוס' שלענין רציחה עובר שמת אחר עמו מוגדר כמי שנולד, יתכן שלעניין נחלה עדיין נחשב כעובר אך סיים: 'וטעם חילוק זה צ"ע'.

אמנם היה נראה לי לתרץ בדברי הקצות כפי שמשמע מדברי התוס' רי"ד שחידושה של הגמרא היא שאנו מניחים שהתינוק מת קודם, ולכן הוא אינו מנחיל, ועל זה הקשתה הגמרא שהרי ראינו מציאות שהתינוק פרכס וכו', ולפי זה ניתן לומר שכל דברי הגמרא עסוקה בסתמא ולא במציאות שעמדה על המשבר, או שנהרגה בידי אדם, ואכן במציאות זו יתכן שאכן שהעובר נוחל ומנחיל, ובזה נסתלקה הקושיא מן הקצות.

**על אף שמוסכם בראשונים שאין אדם יכול לזכות לעובר, נחלקו הראשונים אם עובר יורש, ובעניין זה ישנם ב' מקורות מרכזיים:**

- **בגמ' בב"ב קמב:** שם רצתה הגמרא להביא ראיה שניתן לזכות לעובר, מהמבואר בברייתא שגר שמת ובזבזו ישראל נכסיו, ושמעו שיש לו בן או שהייתה אשתו מעוברת, חייבים להחזיר את מה שבזבזו. ואם החזירו ואח"כ שמעו שמת הבן או שהפילה אשתו, המחזיק בפעם השניה זכה ולא המחזיק בפעם הראשונה.רצתה הגמרא להוכיח מכאן שעובר קונה ולכן ההחזקה הראשונה בעודו חי ללא הועילה, משום שהנכסים היו שייכים לעובר.

**הגמרא הביא 2 דחיות להוכחה זו:**

א. **אביי אמר** שאין לדמות זכיה לירושה, הואיל וירושה בא מאליה.

**ב. רבא ביאר** שהטעם שהראשונים לא זכו, היא משום שחזקתם הייתה רפויה, מפני שלא היו בטוחים אם יש לגר יורש. (תירוץ זה התבאר לעיל בסימן רעה סעיף ל ואינו שייך לענייננו).

**כלומר, מדברי אביי עולה** שניתן לומר שהמזכה לעובר לא יצא, ואעפ"כ לומר שעובר יורש.

- **מלבד סוגיא זה ישנה מחלוקת מפורשת בעניין זה ביבמות סז.** שם נחלקו ר' יוסי וחכמים במציאות שאשה התחתנה עם כהן והתעברה ממנו, ולאחר מכן מת, אם יכולים עבדי האשה לאכול מהתרומה.
**ר' יוסי סבר** שאינם יכולים, הואיל והאשה נחשבת כזרה ואף עוברה נחשב כזר, והיות והעובר יורש את אביו יוצא שעבדי האשה אוכלים בתרומה שלא כדין.
**ואילו חכמים סברו** שעובר אינו יורש את אביו, וממילא היורש הקרוב לנפטר (שהוא כהן)– יורשו ויכולים העבדים לאכול מכוחו.

**למעשה נחלקו הראשונים** האם להלכה יש לפסוק כאביי(ב"ב קמב:) וכר' יוסי (יבמות סז.), שעובר יורש במעי אמו, או כרבנן (יבמות סז.)שעובר אינו יורש במעי אמו :
**הרי"ף סברשהלכה כחכמים, וכן הצדיק אותו הרמב"ן.**
**ואילו הראב"ד סבר שהלכה כר' יוסי** שהרי נפסק שיכול אדם לזכות לעובר בנו, וא"כ כל שכן שיכול לירש אותו, **וכן הסכים עמו הרא"ש.**
**הש"ך בסימן רי**(ס"ק א) צידד בשיטת הרי"ף.
**בעוד הנתיבות** (סימן ר ס"ק ב) כתב שדברי הראב"ד עיקר.
(דיון זה הובא בסיכומינו לסימן רי סעיף א באריכות עי"ש)

## היוצא למעשה– האם עובר נוחל ומנחיל כשמת לאחר אמו?

**השאלה האם עובר נחשב כיורש עלולה להשפיע על סוגייתנו**, משום שאם נאמר שלהלכה עובר לא יורש, לכאורה אין צורך כלל לתירוץ הגמרא שהסיבה שעובר שאינו נוחל ומנחיל היא משום שהוא מת קודם שהרי אף אם ימות לאחר מכן לא יירש, משום שעובר אינו יורש (אלא אם נקבל את טענת הקצות שבמידה ומתה האם, שוב הוא לא נחשב כיורש).
**אמנם ישנו קושי באמירה זו**, משום שהגמרא בנדה, מביא את הביאור שיורש אינו נוחל מנחיל, משום שהוא מת קודם, מבלי להתייחס למחלוקת אם ניתן לזכות לעבור, ואם עובר יורש, (הראשונים מעוררים נקודות נוספות מהם נראה שביאור זה נותר למסקנה, עיין בדבריהם)
**הרי"ד** (נדה מד.) **בביאורו השני כתב** שאף להלכה שעובר אינו יורש, אין זה שייך במציאות שמתה אמו קודם, שבזה יש להחשיבו כתינוק ממש (וכפי שהבאנו לעיל בשם הקצות) וביאר שהגמרא חידשה שידוע לנו שהוא מת קודם ולכן הוא אינו יורש (ולא התייחס לשאלה שהרי ישנם מציאויות בהם היורש מת לאחר האם ועיין לעיל הערה 111).
**הר"י מיגאש**(ב"ב קמב:) **כתב** שאף שנפסק שאין מזכים לעובר, ועובר אינו יורש, זה דווקא כשייצא אח"כ לאוויר העולם, אך אם לא ייצא לעולם, ניתן לזכות לעובר, ואף עובר יורש, ובאמת אם מתה אמו קודם, אף עובר נוחל ומנחיל, עי"ש.
**אמנם מדברי הרמב"ן בחידושיו על סוגיות אלו** משמע שלמסקנא, לעולם עובר אינו יורש, **וכן כתב במפורש הריטב"א**(נדה מד. ד"ה 'אבל עובר לא').
**הרמב"ם והשו"ע** לא הזכירו כלל את דינו של העובר, וכתבו שקטן בן יומו יורש ומנחיל.
**הרמ"א הוסיף** שעובר אינו מנחיל אם מתה אמו כשהיא מעוברת ולא חילק בין מציאות שהיא מתה קודם לבין מציאות שהוא מת קודם (אך עדיין ניתן להבין שסבר שכל שמתה אמו קודם, הוא אינו נחשב כעובר וכפי שהזכרנו לעיל בשם הקצות).
**הלבוש כתב במפורש (ה)** שאף אם העובר ייצא חי לאוויר העולם, הוא אינו נוחל ומנחיל משום שעובר אינו יורש, וזה כדברי הרמב"ן שלמסקנה אין צורך לתירוץ הגמרא.
**הסמ"ע (ז) השיג על דבריו וכתב** שפשוט שבמידה ומתה האמא קודם, העובר יורש וכתירוצם של תוספות שהמשנה לא שנתה כן משום שאין זה דבר 'פסוק', ולכן אם ישבה על המשבר, או שהוּצָאה להורג, העובר יורש(ולא ביאר אם סבר שעובר יורש, ולא נראה שסבר שאינו נחשב כעובר).

**הנתיבות (ג) השיג על הסמ"ע וכתב** שאמנם נכון הדבר שבמידה ומתה האמא קודם, העובר יורש וכדברי תוספות(א"א- ושלא כרמב"ן), אך למעשה אין לזה נ"מ ולכן לא הזכירו השו"ע והרמ"א דין זה, וזאת משום שלעולם איננו יכולים לדעת בוודאות שהאמא מתה קודם, ואף במציאות שהיא נהרגה ע"י אדם או שהייתה על המשבר, אין זה אלא ספק, והגמרא סברה שבמקרה זה העובר נוחל ומנחיל, משום שסברא שיורשי האם אינם מוחזקים אך להלכה נפסק שיורשי האם מוחזקים כמבואר בב"ב קנח: וממילא לעולם לא יוכלו יורשי העובר להוציא מיורשי האם (וביאר הנתיבות שאף שתוספות הקשו שיש מציאות שעובר נוחל ומנחיל על אף שידעו שהלכה היא שיורשי האם מוחזקים, זאת משום שקושייתם נסובה ע"פ ביאורו של מר בריה דרב יוסף שהכוונה שולד בין יום נוטל חלק בבכורה למעט עובר, ובזה פשוט שאף אם יש ספק אינו נוטל בבכרותו -ולא הבנתי מה הספק שהרי הוא ודאי עובר, אלא אם כן סבר שאם מתה האם קודם הוא נחשב כילוד, וכדברי הקצות בסימן רט שהבאנו , וצ"ע שהרי משמע שתוספות לא סברו כן בתירוץ זה).

## סיכום- האם עובר נוחל ומנחיל כשמת קודם אמו וכשמת לאחר אמו

**מוסכם להלכה** שלא ניתן לזכות לעובר.
**ונחלקו הרי"ף והראב"ד** אם עובר יורש: לדעת הרי"ף הוא אינו יורש, ולדעת הראב"ד הוא יורש.
**הגמרא בב"ב** (קמב.) **ובנדה**(מד.) מבארת שעובר אינו נוחל ומנחיל משום שאמו מתה קודם, ואין אדם מנחיל מן הקבר להוריש ליורשיו.
**מהגמרא בערכין ז. עולה** שישנם מציאויות בהם העובר מת לאחר מות האמא, ויש לשאול האם במציאות זו העובר אכן נוחל ומנחיל.
**מן הקצות בסימן רט ס"ק ג עולה שלפי ההבנה השניה בתוספות**, במציאות זו פשוט שהוא נוחל ומנחיל משום שהוא אינו נחשב כעובר אלא כתינוק, **וכן כתב במפורש הרי"ד** (נדה מד.).
**מן הר"י מיגאש**(ב"ב קמב.)**עולה** שבמציאות זו עובר יורש, משום שדווקא במידה והוא נולד לאחר מכן, אין עובר יורש.
**מן הרמב"ן והריטב"א עולה** שלמסקנה אף במציאות שמת לאחר אמו אין העובר נוחל ומנחיל, היות ולהלכה עובר אינו יורש.
**הלבוש כתב כפי שעולה מהרמב"ן ומהריטב"א** שעובר אינו נוחל ומנחיל, אף במידה ומת לאחר אמו.
**הסמ"ע השיג עליו** ופסק כתוספות שבמידה ומת לאחר אמו, עובר נוחל ומנחיל .
**הנתיבות כתב** שאמנם דברי תוספות נכונים שבמידה ומת לאחר מכן, הוא נוחל ומנחיל, אלא שאין לזה השלכה למעשה משום שלעולם יורשי האם מוחזקים ולא ניתן להוציא מהם מכוח הספק.

[לשיטה שעובר אינו יורש- מה קורה לאחר שנולד, אם יורש מעכשיו או למפרע
**יש להעיר שעדיין נותר לברר** לפי השיטה שעובר אינו יורש, מה קורה לאחר שהוא נולד.
ובזה ברור הוא שהוא יורש לכשיוולד עיין ברמ"ה (ב"ב קמב: אות כט) שכתב שיש ללמוד כן מכך שיתמעט לעניין מיעוט בכורה ומשמע שלעניין ירושה ודאי שיירש.
**ונחלקו ראשונים ואחרונים אם יורש מכאן ולהבא או למפרע**, עיין ברמ"ה שם שכתב במפורש שיורש רק מכאן ולהבא.
**והרבה דייקו** (שו"ת ארץ הצבי קג, קהילות יעקב גיטין כ) **מתוס' ביבמות**(סז. ד"ה 'אוכלין') שגובה למפרע, ולכן הקשה מדוע לשיטה שעובר אינו קונה, יכולים העבדים לאכול.
ונציין מקצת מראה מקומות בזה:
**הב"ח** (חו"מ רי) **כתב** שהיורש אינו גובה מהפירות שגדלו מהירושה עד ללידתו, ומשמע שסבר שהגביה היא מכאן ולהבא.
**יש שלמדו כן גם בקצות** (רי, א) שסבר שיכול בעל חוב לגבות קודם שיוולד העובר [וכעת אין הדבר פשוט לי]
**ובקובץ שיעורים** (ב"ב תפט) מציע את המודל שהגביה היא למפרע, אך מעיר שיש בזה פרדוקס שאם יתשחררו העבדים כיצד יחזור ויהפכם לעבדים, עי"ש.
עוד עיין בשו"ת ראש יוסף (אישקפה) [דף לז בסוף הספר] ובאור שמח (נחלות א, יג) שתמה על דבריו. עוד עיין במרחשת (ב, לח) ובאריכות בפד"ר'האם עובר מוקפא יורש?' (פד"ר 1063670/1) לרב ציון לוז- אילוז]

## תינוק בן יומו שלא כלו לו חדשיו- האם הוא נוחל ומנחיל?

**כתב הרמב"ם** (נחלות א, יג): "...אם מתה האם תחלה ואחר כך מת הבן, אפילו היה קטן בן יומו ולא כלו לו חדשיו, הואיל וחיה אחר אמו שעה אחת ומת הרי זה נוחל את אמו ומנחיל הנחלה ליורשיו ממשפחת אביו'.
**החידוש העולה מדברי הרמב"ם הוא** שתינוק נוחל ומנחיל על אף שלא כלו לו חודשיו.
**ובגמרא בנדה בדף מד:** נאמר לעניין אבילות שכל שלא שהה שלושים יום באדם הרי הוא נפל, אלא אם כן ידוע שכלו לו חדשיו.[אף בעניין יבום (א, ה) כתב הרמב"ם שמהתורה נפטרה האשה מן היבום במידה ונולד לה ולד אפילו ליום אחד ורק מדרבנן הצריכו שיהיה יודע בוודאי שכלו לו חודשיו, אמנם לעניין מילה (א, יג) פסק הרמב"ם שאם נולד התינוק בחודש שמיני ולא גמרו סימניו דינו כאבן ואין מלין אותו בשבת ואף אין מטלטלים אותו, וכן בהלכות רוצח (ב,ו) פסק שההורג וולד שלא כלו לו חודשיו אינו נהרג ].
**הראב"ד השיג על הרמב"ם וכתב**שכל שלא לא כלו לו חדשיו הוא בספק אם יחיה, והאחים ודאים, ולכן אין ספק מוציא מידי ודאי.
**המגיד משנה בהלכות יבום** (א,ה) **מאריך לבאר דברי הרמב"ם ומסיק** שהרמב"ם דיבר כאן בתינוק שגמרו סימניו, ולדעתו מדין תורה כל ששהה שלשים יום אינו נפל ואינו צריך שיגמרו סימניו, וכל שנגמרו סימניו אף שלא שהה שלושים יום אינו נפל, אך כל זה מדין תורה וחכמים החמירו בחלק מהדברים, ולענין ירושה העמידו על דין תורה. **הב"י הביא את דברי המגיד משנה.**
**הטור והשו"ע סתמו כלשון הרמב"ם** שתינוק בן יומו יורש אף כשלא כלו לו חודשיו.

**ומבואר בסמ"ע (ז)** שהבין שכוונתם כמ"מ שדין זה נכון רק במידה ונגמרו סימניו.
**הקצות (א)הביא שהאחרונים דחו את דברי הרמב"ם לגמרי**, עד כדי כך שבתשובות לחם רב (סימן קפח) כתב שלא ניתן לומר אפילו 'קים לי' כדעת הרמב"ם, ותינוק אינו יורש עד שיכלו חודשיו, ונימק זאת משום ש'אין לומר קים לי כפלוני גאון היכא שכל חכמי ישראל חלוקין עליו'.
**אך הקצות כתב שדברי הרמב"ם נכונים והוכיח כן מהגמרא ע"פ קושיתתוספות**(ב"ב קמב. ד"ה 'בן יום')**שהקשו בשם רבינו אפרים** מדוע הגמרא הוכיחה כנגד השיטה שעובר אינו קונה מסוף דברי הברייתא שתינוק בן יומו נוחל ומנחיל, ומשמע שעובר לא, ולא הביאה ראיה מתחילת דברי הברייתא שאמרה שבן יום אחד פוסל בתרומה ומאכיל, ולמסקנת הגמרא בנדה מד. הכוונה היא שבמידה ויש לכהן שמת, 2 נשים, האחת גרושה והאחת שאינה גרושה, ויש לו בנים כשרים משאינה גרושה, ובן אפילו בן יומו מהגרושה, עבדי הכהן אינם יכולים לאכול מהתרומה היות והם נפסלו לאכול בכהנים, מפני שיש לחלל חלק בהם, ומדייקת הגמרא שדווקא במציאות שיש ולד, העבדים פסולים מלאכול, אך במידה ויש רק עובר, הם אינם פסולים וזאת שלא כר' יוסי בנדה סז: שהבאנו לעיל שהיות ועובר יורש, הוא פוסל את העבדים (ואפילו עובר כשר משום שהוא נחשב כזר שנמצא בבטן זרה כמבואר לעיל), וא"כ גם מחלק זה במשנה ניתן להוכיח שעובר אינו קונה, וחידדו תוספות את הקושיא שהרי על חלק זה במשנה לא ניתן לתרץ את תירוצי הגמרא (שהכוונה שאינו מנחיל היות ומת קודם, וכן שאינו ממעט בירושה).
**ותירצו תוספות בשם ר"י**שרב ששת סבר שאף חכמים שחולקים על ר' יוסי וסוברים שעובר אינו פוסל, מודים שהעובר זכה, והסיבה שאינו פוסל, הוא משום שרוב הסיכוים שבבטן האמא אין עובר זכר שירש, שהרי מיעוט נשים מפילות, ועוד מחצה נשים יולדות נקיבות, ולכן מיעוט הסיכוים שזהו בן זכר הפוסל.**והוסיפו וביארו תוספות** שאמנם גם במידה והאשה מפילה לאחר מכן, העובר זוכה בעודו חי וכפי שעולה מהברייתא בענין גר שבזזו נכסיו, שכל שלא הפילה, לא זכו בנכסיו, מכול מקום, חכמים סוברים שניתן לומר שכבר בזמן שהעבדים אוכלים הפילה האשה, ולכן הם אינם נפסלים בתרומה[112].
**וכתב הקצות** שמדברי תוספות יש ראיה ברורה שסברו שנפל הינו בר ירושה [וכוונתו שמדברי תוספות עולה שסברו שאפילו עובר נפל זכה לשיטה שקונים לעובר, ואין להם בעיה שלא כלו לו ימיו, והוא הדין לתינוק שנולד ליום אחד].
**לאור זאת כתב הקצות** שיש לו תמיה על האחרונים שכתבו שלא ניתן לומר 'קים לי' כשיטת הרמב"ם והלא 'הרמב"ם והתוס' בחדא שיטה קיימי אשר כל בית ישראל נשען עליהם, מאן ספין ומאן רקיע להוציא ממון נגד הרמב"ם והתוס' היכא שאומר קים לי כהרמב"ם והתוס'.
(הנתיבות (ב) דחה את את דברי הקצות במה שכתב שתוספות סוברים כרמב"ם שנפל יורש, משום שתוספות כתבו כן דווקא ביחס לעובר שיורש לשיטה שעובר יורש, ובזה מסתבר לומר שהיות ובאותה שעה היה 'בר קיימא', הוא יורש אף אם ימות אח"כ, וכדינו של 'אדם גדול שמת אחר ירושתו', משא"כ כשכבר נולד בשעת ירושה כשלא כלו לו חדשיו דבודאי ימות, כמת כבר הוא חשוב')
**הקצות הביא שהרמב"ן**(יבמות סז, א ד"ה מאי, ב"ב שם ד"ה תא שמע)**התייחס לראית התוספות** לכך שעובר נפל יורש, מהמבואר בגר שבזזו נכסיו, שאם בזזו קודם שהפילה, לא מועילה תפיסתם לשיטה הסוברת שעובר קנה, משום שזכה העובר וזאת למרות שהפיל, ותירץ הרמב"ן שהברייתא עסקה במציאות שההפלה הייתה באופן שצאה פדחתו של תינוק, ורק אח"כ מת.(הנתיבות (ב) דחה את דחיתו של הקצות, וכתב שאין כוונת הרמב"ן לומר שיצאה פדחתו אלא שכבר עקר לצאת ואינו נחשב כעובר שעתיד להפיל)
**הקצות כתב שדחיתו של הרמב"ן אינה נראית** משום שהברייתה התנסחה בלשון 'הפילה' ולפי הרמב"ן אין זו הפלה אלא לידה ממש. מלבד זאת לפי דבריו אין כלל הוכחה מכאן שעובר קונה, שהרי לא מדובר כאן בעובר אלא בילוד ממש, ולאחר שנולד פשוט שלא מועילה תפיסתם של הבוזזים.
**מכול מקום כתב הקצות שיש לו קושיא על שיטת הרמב"ם והתוספות** שנפל הינו בר ירושה מן הגמרא בכתובות (לח:-לט.) שהביא את ספקו של רבא לגבי קנס של אונס ומתפה 'האם יש בגר בקבר', ורצתה הגמרא בתחילה לבאר שספקו הוא, האם במידה ונאנסה הבת קודם שבגרה, ולא הועמד האונס לדין עד שבגרה, אם יש להחשיב כבוגרת בקבר ושהקנס ילך לבנה, כשם שהיה הדין כך אם הייתה חיה, או שמא היא אינה נחשבת כבוגרת בקבר והקנס הולך לאביה.
אך הסיקה הגמ' שלא ניתן לומר כן, משום שלא יתכן שהקטה תתעבר בתוך ימי נערותה ותלד שהרי כל ימי נערותה 6 חודשים ואין בזה מספיק בשביל שהתינוק יצא חי.
ולכאורה לפי שיטת הרמב"ם והתוס' אין כלל קושיא משום שניתן לומר שמדובר שהיתה בהריון חמשה חודשים ונולד לה ולד שמת ויכול להוריש למשפחת אביו, שהרי לשיטתם אף נפל נוחל ומנחיל, וסיים: 'וצריך נגר דליפרקיניה'.
**הנתיבות דחה את קושית הקצות על הרמב"ם** מהגמרא כתובות לח:- לט. בעניין הספק האם יש בגר בקבר, וכתב בתחילה שביאר המ"מ שאף הרמב"ם לא כתב כן אלא לגבי תינוק שנגמרו

[112] הקצות האריך לבאר מדוע המחזיק בראשונה לא זכה על אף שהפילה משום שיש להניח שהפילה אח"כ, ואילו בעניין עבדים יש לחוש שכשאכלו כבר הפילה ואיננו אומרים שהפילה אח"כ, וביאר שד"כ יש לומר שהפילה אח"כ משום שרוב נשים אינן מפילות, ולכן כשמפילה יש לומר שכעת הפילה (וביסס דבריו על הנמוק"י (יבמות י:), אבל במציאות של עבד שאכל אנו אומרים שיש לסמוך מיעוט של נופלים למחצה נקבות, ולגבי אותם מיעוט של נופלים, לא שייך לומר שרוב אינן מפילות ולכן לגביהם אנו אומרים שיש להניח שהפילה כבר לפני כן.

סימניו, ובבן 5 חודשים אין זה שייך שהוא חשוב כמת ממש. עוד כתב הנתיבות שיתכן שבגיל זה אינו יכול לחיות אפילו שעה אחת.
**עוד כתב הנתיבות,** שבעצם הצעת הקצות שהספק הוא שמא בנה מן האב יירש, הוא ממש הכרעת הגמ' השספק הוא שמא נפטר האונס שהוא האב מן הקנס, ואין לומר שיתכן שנבעל לאחר ג ' חודשים מאחר והוא זה שיירש שהרי פשוט שתינוק בן ג' חודשים לא חי כלל, ועוד שגם אם יבואו עדים ויאמרו שנבעלה לאחר, אין להוכיח שהוא האב, שכשם שהפקירה עצמה לזה, יתכן שהפקירה לאחר, ודינו של הבן כשתוקי שאין לו יורשים ונכסיו הפקר כמבואר ברמ"א בסעיף ד.
פקע אביה, שהבן מת ויורש שלו הוא הבועל עצמו ויפקע הקנס אם פקעה רשות אביה.

לשון השו"ע:

**אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחיו מהאב. שאם מת בחייה ואח"כ מתה, אין אומרים אילו היה עודנו חי היה יורשה, עכשיו גם כן אם אין לו זרע אחיו מאביו יעמדו במקומו לירש אותה, אלא תחזור ירושתה למשפחת בית אביה כיון שאין לבנה זרע. אבל אם מתה האם בחייו, ואחר כך מת הוא, אפילו היה קטן בן יומו, הואיל וחי אחריה אפילו שעה אחת, יורשה ומנחיל הירושה ליורשיו ממשפחת אביו.**

הגה: ודוקא שנולד הקטן, אבל עובר אינו יורש אמו, אם מתה כשהיא מעוברת, להנחיל יורשיו מאביו (טור).

[עיין בפת"ש (ד) שהביא את דברי השב יעקב (חו"מ סימן יז) שדן במציאות שאדם נתן אפשרות לבנו לקנות חצי בית בסכום כזה וכזה קודם מותו, וטוען אותו בן, שמכול מקום אף זכותו לירש חלק מאותו הסכום והסתפק השב יעקב אם בכוונת האב הייתה להורישו מסכום זה, או שיקנה בית זה ויסתלק מהירושה, ומכול מקום כתב שאם היה עוד אח שמת, ודאי כוונת האב הייתה שסכום זה יסלקו מהחלק שהיה אור לקבל גם ביחס לאותו האח וכעת שמת והירושה הצטמצמה לקצת אחים, ודאי אינו צריך לתת חלהם את כל כסכום הבית, אלא זוכה בחלק של אותו האח ביחסי בין כולם, וכתב שבזה ודאי האח מן האב מנחיל מן הקבר, ורק אח מן האם אינו מנחיל, עי"ש בדבריו]

## סעיף 1

### אם קרובים בעבירה יורשים, ואם ניתן לרשת דבר שאין בו ממש או טובת הנאה

### אם קרובים בעבירה יורשים

לשון המשנה והגמרא ביבמות כב.

מי שיש לו אח מכל מקום - זוקק את אשת אחיו ליבום, ואחיו הוא לכל דבר, חוץ ממי שיש לו אח מן השפחה ומן העובדת כוכבים.

ובגמרא בדף כב:

ואחיו הוא לכל דבר. למאי הלכתא?

ליורשו וליטמא לו.

פשיטא, אחיו הוא!

סד"א, הואיל וכתיב: "כי אם לשארו הקרוב אליו" (ויקרא כא, ב) ואמר מר: שארו - זו אשתו, וכתיב: "לא יטמא בעל בעמיו להחלו" (ויקרא כא, ד), יש בעל שמטמא, ויש בעל שאין מטמא, הא כיצד? מטמא הוא לאשתו כשרה ואין מטמא לאשתו פסולה, ה"נ מטמא הוא לאח כשר ואין מטמא לאח פסול, קמ"ל.

ואימא ה"נ!

התם לאפוקי קיימא(כלומר מוטל עליו לגרשה ולסלקה ממנו, הכא אחיו הוא.

על פי זה פסק השו"ע:

**כל הקרובים בעבירה יורשים ככשרים.**

**כיצד?**

**היה לו אח או בן ממזר, הרי זה יורש ככשר. וכן שאר כל היורשים. אבל בן משפחה או עובדת כוכבים, אינו בן לדבר מהדברים ואינו יורש כלל:**

## האם ניתן לרשת דבר שאין בו ממש?

לשון הגמרא בב"ב קמז:

**אמר רבא אמר רב נחמן**: שכיב מרע שאמר ידור פלוני בבית זה, יאכל פלוני פירות דקל זה - לא אמר כלום, עד שיאמר תנו בית זה לפלוני וידור בו, תנו דקל זה לפלוני ויאכל פירותיו.

למימרא, דסבר ר"נ: מילתא דאיתא בבריא איתא בשכיב מרע, דליתא בבריא ליתא בשכיב מרע.

**מבואר בגמרא** ששכיב מרע וכן אדם ברי אינם יכולים להקנות לאדם שידור בבית.
**וביאר רש"י** שזאת משום שלא ניתן להקנות דבר שאין בו ממש.
**במרדכי בב"ב**[113] **מביא שכתב העיטור**[114] **בשם רב האי** שלא ניתן להקנות דירה אפילו אגב קרקע משום שאין בזה ממש.
**והוסיף העיטור** שמכאן יש ללמוד שגם אינו יכול לרשת אוויר בלא גוף, שהרי הגמרא המשיכה והקשתה מדוע שכיב מרע יכול להקנות הלוואה, והרי אדם ברי אינו מקנה הלוואה, ותירץ רב פפא שזאת משום שיורש יורש הלוואה, ומשמע שבדבר שאין בו ממש, אף יורש אינו יורש[115].
**אמנם הר"ן**(מופיע בשטמ"ק ב"ב קמח. הובא בב"י בסימן רנג)**כתב** שאדרבה מכאן היה ניתן להוכיח שיכול שכיב מרע להקנות אוויר, שהרי אדם יכול לשייר לעצמו אוויר (עיין בסיכומינו לסימן ריב סעיף ג), אלא הסיק לבסוף ששכיב מרע אינו יכול משום שביאורו של רב פפא לא התקבל, והסיבה ששכיב מרע מקנה הלוואה, היא משום שאף ברי מקנה הלוואה במעמד שלושתם כמבואר בגמרא שם.
**מכול מקום מדברי הר"ן עולה** שניתן להוריש אוויר לבניו, ומשמע שניתן להוריש דבר שאין בו ממש.
**הרמ"א פסק כמרדכי** שיורש אינו קונה דבר שאין בו ממש[116].
**הנתיבות בס"ק ד הניח בפשטות** שכשם שניתן לשייר אוויר, כך ניתן לרשת אוויר, ונימק זאת בזה הלשון: 'דהיורש כרעא דאבוהי ומה שהוא שלו היורש יורשו', וכתב כן ביחס לויכוחו עם הקצות ב'טובת הנאה' שיבואר להלן.

---

[113] תרעא.
[114] מאמר שני קנין.
[115] עיין במהרשד"ם (חו"מ שכג) ביאר שהעיטור הביא שסבר רב האי שהבעיה בהקנאת דיור היא משום שזה דבר שאין בו ממש, ועל פי זה הסיק שיוצא מכאן שגם לא ניתן להוריש דבר שאין בו ממש, והעיטור ראה בזה 'ריעותא' לדברי רב האי משום שאין זה מסתבר שלא יוכל להוריש לבנו את השייך לו, ולאח"כ הביא את שיטת רב נחשון שסבר שהסיבה שלא ניתן להקנות דיור, הוא משום שלא ידוע מהו הזמן אותו הקנה, ושמא לא הקנה לו אלא לרגע, ולפי רב נחשון יוצא שבמידה שהקנה דיור לזמן מסויים, פשוט שזה עובר אף ליורש, אך אני לא הצלחתי לקרוא כן בעיטור והמעיין יעיין.
[116] מפשטות הדיון כאן עולה שגם לעיטור וגם לר"ן ברור כי יש מציאות כזו להיות בעלים על דבר שאין בו ממש, כגון על אוויר ללא דירה או דיור ללא בית, אלא שאין זה עובר ליורשים, אך לכאורה זהו חידוש גדול שבכלל ניתן להיות בעלים על דבר שאין בו ממשות, ועין בשו"ע בסימן ריב סעיף שפסק ע"פ הרשב"א (מיוחסות לרמב"ן סימן יח) שהסיבה שיכול אדם לשייר לעצמו אוויר, היא משום שמן הסתם שייר לעצמו גוף לפירות, ומשמע שפשוט שלא ניתן להיות בעלים על דבר שאין בו ממש לבדו.
עוד עיין בסיכומינו לסימן רט סעיף ז ביחס לגמרא בב"ב סג. שם מבואר בברייתא שבן לוי שמכר שדה לישראל, ואמר לו על מנת שמעשר ראשון שלי - מעשר ראשון שלו, אך לא לבניו ואם אמר 'לי ולבני' ינתנו לבניו', ושם ניסו הראשונים לבאר מדוע המעשר לא עובר 'אוטמטית' לבניו והרי ודאי ששייר לעצמו גוף למעשר, וצריכים יורשיו לזכות בו, ועיין רשב"ם שביאר שזאת משום שנקט לשון מיותרת וברמב"ן משום שזה מועיל מדין תנאי, ולא התנה במפורש שיעבור גם לבניו אין זה עובר, ונראה שאף אחד לא העלה על דעתו שלאבא יש בעלות על דבר ש'אין בו ממש', אלא שזה לא עובר לבניו.
מעין הערה זו מצאתי בחידושי מהרא"ל בספר שני מאורות הגדולים סימן ע, שם התייחס לדברי המהרשד"ם (חו"מ שכג) שהביא מדברי תוספות שביארו בדברי רב פפא שסבר ששכיב מרע יכול להקנות הלוואה משום שבן יורש הלוואת אביו, ולכאורה אף בן יורש דיורי אביו, אלא ביארו ששם הוא יורש כן משום שלאביו יש זכות בגוף לדיור, והקשה המהרשד"ם שלפי זה יצא שכמשייר לעצמו אוייר, שבזה אין לו גוף לפירות לא ירש אביו.
והשיב על כן המהרא"ל: 'כן הוא האמת, אלא אם אמר בפירוש ששייר לו וליורשיו'. וכוונתו שאכן לא ירש הבן באוויר אך לא משום שלאב הייתה בעלות בדבר שאין בו ממש שאינו עובר ליורש, אלא שהתנאי שהתנה אביו עם הקנוה, לא חל על בניו, ומדבריו יוצא שגם כשמשייר לעצמו אויר, הוא אינו בעלים על אוויר ללא גוף, עיין בזה ודוק.
עוד עיין בשיעורי הרב גוסטמאן (ב"ק עמוד צט) בקונטרס במילי דאש ובור, שעשה בזה מחלוקת רשב"א ותוס' חכמי אנגליה אם יש בעלות בדבר שאין בו ממש לעניין גזל, ועוד, ושם דן בשאלה אם ניתן להיות בעלים על שלהבת 'דלית ביה מששא'.
[לאחר זמן מצאתי (דרך מאמרו הנפלא של הרב ברוך שובקס על זכויות יוצרים) שהרשב"א עצמו הסתפק בזה (ב, שפד) אם ניתן לשייר אוויר ללא בעלות בגוף והובא ברמ"א בסימן ריד סעיף, שם כתב שיתכן שבאויר ניתן להקנות אף בלא גוף משום שהאויר משוייר ממילא ונמצא בעולם ופשוט אינו נכנס בכלל המכר, וחילק בזה בין שיור אויר לשיור פירות (והובא בקצרה בנתיבות כאן ס"ק ד) וכן הוא בריטב"א בב"ק קמח. וכתב כדברי הר"ן שזו מחלוקת רב פפא ורב אחא אם שכיב מירע יכול להקנות אוויר, אך ודאי שיורש יכול לירש].

**ותמה עליו המנחת פיתים** שזה מפורש כנגד המרדכי (והעיטור) אותו פסק הרמ״א שעסק במפורש באוויר ששייר אביו, ופסק שאינו יורש.

## האם ניתן לרשת טובת הנאה?

**כתב המהרי״ק** (קסא) שאם יש לאדם טובת הנאה באיזה דבר כגון שהיה לו זכות לחלק צדקה לפי שיקול דעתו, אין זה עובר בירושה משום שאין זה ממון.
**המהרי״ק הוכיח כן מתשובת מהר״ם המופיע במרדכי בשבועות**(תשסז)שם דן המהר״ם באדם שנתן לחבירו לחלק צדקה ורוצה שיחזיר לו את הכסף שהוא יחלק בעצמו, והנתבע טוען שנתן לו לחלק באופן שלא יוכל לחזור בו, שאין הנתבע חייב שבועה הואיל והדיון הוא רק על טובת הנאה וטובת הנאה אינה ממון, והאריך להוכיח שכך הלכה, וכתב שאף אם נאמר שטובת הנאה ממון, מכל מקום אין להשביעו, שלא נתקנה שבועת היסת על כך,ואף למ״ד שתיקנו היסת אפילו בלא דררא דממונא, יודה שבטובת הנאה לא תיקנו.
[מפשט דברי המהר״ם משמע שמדובר במציאות שיש ויכוח האם המקבל קיבל על דעת שלא יחזיר, אך במידה ופשוט שצריך להחזיר, הוא יוכל להחזיר, אך נראה שהמהרי״ק הבין לא כך, אלא שכל יצא מידו, שוב אינו יכול לדרוש את טובת ההנאה חזרה, ומפסק הרמ״א בסימן פז סעיף לה, עולה שהבין כפי שביארתי, ודוק].
**הרמ״א פסק כדברי מהרי״ק** שטובת הנאה אינה עוברת בירושה.
**וכתב הש״ך (ד) שמדברי המהרי״ק יוצא** שזה דווקא במידה וטובת ההנאה יצאה מיד המוריש, אך במידה ומעות הצדקה נשארו ביד המוריש, פשוט שהיורשים יורשים אותו אף בזה.
**אמנם הקצות (ב) הביא שהשל״ה חלק על הש״ך** וסבר שלעולם לא מועילה ירושה בטובת הנאה, וזאת גם במידה והמעות נותרו ביד האב, וכתב השל״ה שלכן נכון שאדם יחלק את כל כספי הצדקה שבידו.
**הקצות הביא ראיה לשיטת השל״ה מתוספות בנדרים פד:** (ד״ה ׳במעשר עני׳) שכתבו שאין לבעלים טובת הנאה במעשר עני אלא בימות הגשמים, ומכח גזרת הכתוב, אבל בימות החמה צריך להניחו בגורן וכל הקודם זכה.
**וכתב הקצות** שגזרת הכתוב לא נאמרה אלא בבעלים הראשונים ולא ביורשיו,(ואף שלגזבר של הקדש יש זכות לחלק, זהו מדין שליחות של הנותן או משום שיד גזבר הוא כיד עניים וסומכים עליו).
**אמנם הנתיבות כתב שהעיקר כש״ך הביא ראיה לדברי הש״ך מדברי הרמ״א בסימן ריד סעיף ה**שפסק ע״פ הרשב״א בתשובה (ב, שפד וכן ב, כד) שמוכח ממנו שיכול אדם לשייר לעצמו אוויר, ועל כרחך שגם ירשו אותו בזה, ׳דהיורש כרעא דאבוהי ומה שהוא שלו היורש יורשו׳ (וכבר הבאנו לעיל שזה מפורשות כנגד המרדכי והעיטור שפסק הרמ״א שיורש אינו יורש דבר שלא בא לעולם ושם עסקו באוויר)

## גביר שהקים קרן ללומדי התורה כשלו וליוצאי חלציו הזכות לבחור את הלומדים, ויוצאי חלציו בוחרים לומדים שאינם הגונים

**הפת״ש (ו) הביא את דברי הנודע ביהודה** (תניינא חו״מ נא)**שכתב** שדן בגביר שקודם מותו הניח סך מסוים לקרן לומדי בית מדרשו, וקבע שלו וליוצאי חלציו לבחור הזכות לבחור מי יהיו הלומדים, ועתה ברבות הימים יש יורשים ׳דלא מעלי׳ ובוחרים לומדים שאינם הגונים לזה ע״פ מחיר כסף, אם יש כח ביד טובי העיר למחות בזה ולבחור לומדים הגונים ע״פ ראות עיניהם.
והשיב שאין ליורשים שום זכות, מפני שאינם יכולים לרשת טובת הנאה ולכן על פי דין יכולים הפרנסים לשנות ולבחור לומדים לפי ראות עיניהם. אך ובכתב שניתן ביד הגביר נאמר שהמנהיגים קיבלו על עצמם לשמור ולעשות כל פרטי הדברים בחרם חמור ובשבועה דאורייתא, מחוייבים מכוח החרם לקיים דבריו, אך זה דווקא לגבי הדור הראשון, אך מכול מקום אין זה ראוי שיהיו כפויי טובה כלפי הגביר ולעשות נגד רצונו, אך כאן מכיון שהיורשים עושים בערמה ובבצע כסף, יכולין לקיים עם עקש תתפל ועכ״פ יכולים הפרנסים למחות ביורשים שלא יבחרו כי אם בהגון ע״פ מופלגי העיר, ונכון שגם הפרנסים לא יבחרו בלי הסכמת היורשים.

לשון הרמ״א:
אין היורשין יורשין דברים שאין בהם ממש (הגהות מרדכי סוף ב״ב), או טובת הנאה בעלמא שאינו ממון (מהרי״ק שורש קס״א ומוהר״ם פאדוואה סימן ס״ה).

# סימן רעז

## הבכור נוטל פי שנים, ואיזה הוא בכור לנחלה וספק בכור ובו טו סעיפים:

## סעיף א

### כיצד מחשבים את חלק בכורתו של הבכור?

לשון הגמרא בב"ב קכב:

**ת"ר** לתת לו פי שנים פי שנים כאחד, אתה אומר פי שנים כאחד או אינו אלא פי שנים בכל הנכסים ודין הוא חלקו עם אחד וחלקו עם חמשה, מה חלקו עם אחד פי שנים כאחד, אף חלקו עם חמשה פי שנים כאחד, או כלך לדרך זו חלקו עם אחד וחלקו עם ה', מה חלקו עם אחד פי שנים בכל הנכסים, אף חלקו עם ה' פי שנים בכל הנכסים, ת"ל:"והיה ביום הנחילו את בניו" התורה ריבתה נחלה אצל אחין, הא אין עליך לדון כלשון האחרון אלא כלשון הראשון.

לשון השו"ע:

**הבכור נוטל פי שנים בנכסי אביו.**

**כיצד?**

**הניח חמשה בנים ואחד מהם בכור, הבכור נוטל שליש הממון וכל אחד מהארבעה פשוטים נוטל שתות.**

**הניח תשעה בנים, הרי האחד הבכור נוטל חמישותו וכל אחד מהשמונה פשוטים נוטל עשירית. וכן על דרך החלוקה הזאת חולקים לעולם.**

## סעיף ב

### האם הבכור מקבל את 2 חלקי ירושתו ממיצר אחד?

לשון הגמרא בב"ב יב:

**אמר רב הונא בריה דרב יהושע** פשיטא חלק בכור וחלק פשוט יהבינן ליה אחד מצרא.

יבס מאי?...

לשון השו"ע:

**אלו שני חלקים נוטל אותם כאחד במצר אחד.**

**וכתב הרמ"א בסימן קעד סעיף ב**: יש אומרים דדוקא שהיו החלקים שווים, אבל אם היה אחד טוב מחבירו, אפילו בכור אינו נוטל חלקו ביחד. וכן אם היה לפשוט שדה במצר אלו השדות', ע"ש.

## סעיף ג

### בכור שנולד לאחר מות אביו

**בסימן רעו סעיף ה הבאנו את הדיון בב"ב קמב**: האם ניתן להקנות לעובר.

**ושם רצתה הגמרא להוכיח** שניתן לזכות לעובר מהמשנה (נדה מג:) הקובעת שתינוק בן יום אחד- נוחל ומנחיל, ודייקה הגמרא שדווקא תינוק בן יום נוחל ומנחיל ומשמע שעובר לא, ומכאן יש ללמוד שעובר אינו יכול לקנות.

**הגמרא מביאה בתירוצה השני את דברי מר בריה דרב יוסף בשם רבא,**שמבאר שהברייתא עוסקת בירושת בכור וקובעת שבכור מקבל את החלק הכפול בירושה לפי מספר האחים הקיימים כעת, ובמידה ויוולדו בנים לאחר מכן, הם אמנם יחלקו בשווה יחד עם שאר האחים, אך חלק הבכורה של הבכור לא ישתנה כמבואר בפסוק שחלוקת הבכורה נעשית דווקא ביחס למי ש'יֻלְּדוּ לוֹ בָּנִים' (דברים כא, טו)(לדוגמא: אם הוריש האב מאה אלף שקלים ויש לו 3 בנים חיים ועובר בבטן, הבכור יקבל 25.000 ₪ מן הירושה כחלק הבכורה ולאחר מכן יחלקו כל ארבעת האחים יחד בשוה [כולל העובר] ויקבל כל אחד 18,750 ויוצא שהבכור יקבל 43,750).ובזה חידשה הברייתא שולד בין יום נחשב כולד חי וממעט מחלק בכורתו של הבכור, אבל עובר לא)

**הגמרא אומרת שבפומבדיתא שנו את אמירתו של מר בריה דרב יוסף בשם רבא באופן אחר**, והיא שבכור שנולד לאחר מיתת אביו, אינו נוטל פי שנים, שנאמר"יכיר', ובמקרה זה אביו לא הכירו.

הגמרא אומרת שהלכה ככל דברי מר בריה דרב יוסף המופיעים בגמרא.

**הרשב"ם ביאר**, שעל אף שמן הפסוק נלמד שבכדי שהבכור ירש צריך שאביו יכיר אותו, מכול מקום במידה ואביו היה בחיים בלידתו, אלא שלא הכירו, הוא יורש כפול, משום ש'כל הראוי לבילה- אין בילה מעכבתו'.

## יצאה פדחתו של הבכור, קודם מות אביו

**פסק הרמב"ם**(נחלות ב, ב) שאם יצאה פדחתו של הבכור בחיי האב הרי הוא כילוד, ונוטל פי שניים אע"פ שלא יצא כל ראשו.
**וכתב המגיד משנה שהרמב"ם למד כן מדברי הגמרא בבכורות מו:** שם נחלקו ריש לקיש ור' יוחנן אם פדחת נחשבת כלידה לעניין נחלה.
**ושם ביאר רש"י**שהדיון הוא, אם יצא הבכור רק בפדחתו, אם זה שיוולד אחריו יחשב כבכור, לדעת ר"ל השני יחשב כבכור, משום שבראשון לא שייך 'יכיר', ואילו ר' יוחנן סבר שהשני לא יטול בבכורה, משום שהראשון נחשב כבכור.
**וביאר הב"י** שהרמב"ם פסק כר' יוחנן, ואע"פ שהדיון שם היה לגבי הבן השני, במידה ומת הראשון, וכפי שביאר רש"י הוא הדין במידה והוציא הראשון פדחתו ולאחר מכן מת אביו[117].
**הטור כתב** שכשיצאה **רוב** פדחתו הרי הוא כילד.
**ובבדק הבית כתב** שהטור לא דקדק משום שמן הרמב"ם עולה שצריך שתצא **כל** הפדחת.
(אמנם ביד פשוטה כתב שהרמב"ם סבור שדי ברוב פדחת ולמד כן מהרמב"ם באיסורי ביאה (י,ו) וכתב שהרמב"ם כאן סמך על הכלל שרובו ככולו).
**אף הב"ח** מחק מן הטור את המילה 'רוב', וביאר שלא יועיל כאן דין 'רוב ככולו' הואיל וסוף כל סוף הוא אינו 'בר היכרא', **והסכים עמו השב שמעתתא**(ז, טו)

## נולד כשאביו היה גוסס

**הבאנו לעיל שמר בריה דרב יוסף למד** שבן שנולד לאחר מיתת אביו אינו ממעט חלק בבכורה מן הפסוק '**וילדו** לו בנים', ואת הדין השני שבכור אינו נוטל חלק בבכורה כשנולד לאחר מיתת אביו מכך שכתוב 'יכיר'.
**ונתקשו תוספות** (קמב: ד"ה 'בכור') מדוע גם דין זה לא נלמד מן הפסוק 'וילדו לו בנים'.
**ותירצו תוספות** שאם היה לנו רק את הפסוק של 'וילדו לו בנים', לא היינו יכולים ללמוד מפסוק זה את הדין השני שבן שנולד לאחר מות אביו אינו ממעט בבכורה, ולכך נצרכנו גם לפסוק של 'יכיר'.
**אמנם הנמוק"י**(ב"ב סו. ד"ה 'אמר המחבר') **הביא בשם תוספות והראב"ד תירוץ אחר**, והוא שמר בריה דר יוסף למד שבכור אינו נוטל חלק בבכורה כשנולד לאחר מיתת אביומהמילה 'יכיר' בכדי ללמדנו שגם במציאות שנולד לאביו כשהוא גוסס, הוא לא נוטל פי שניים.
**בעקבות דברי הנמוק"י פסק הרמ"א בלשון 'יש אומרים'** שאם מת הבכור לאבא גוסס, הוא אינו נוטל חלק בבכורה.
**וביאר הסמ"ע (ז) שלפי דבריהם** צריך לפרש שמה שנפסק (מכוח דברי הרמב"ם) שאם יצא פדחתו קודם מות האב הוא יורש, לא מדובר במציאות שהאב גוסס, אלא כשחזר התינוק לאחריו, ואח"כ מת האב, ואח"כ נולד כולו. או שיצאה פדחתו כשהאב היה בריא, ומת פתאום.
לשון השו"ע:

**בכור שנולד אחר מיתת אביו אינו נוטל פי שנים.**
**ואם יצאה פדחתו בחיי אביו, אף על פי שלא יצא כל ראשו לאויר העולם אלא לאחר מיתת אביו, הרי זה נוטל פי שנים.**
(יש אומרים דאם נולד כשהוא גוסס אינו נוטל פי שנים) (נ"י בשם התוספות):

# סעיף ד

## טומטום שנקרע ונמצא זכר

לשון הגמרא בב"ב קכו:-קכז.

**אמר ר' אמי**: טומטום שנקרע ונמצא זכר - אינו נוטל פי שנים, דאמר קרא: "והיה הבן הבכור לשניאה" (כא, טו)- עד שיהא בן משעת הויה...

**אמימר אמר**: אף אינו ממעט חלק בכורה, שנא': "וילדה לו בנים" (דברים כא, טו)- עד שיהא בן בשעת לידה.

על פי זה פסק השו"ע:

**בכור שנולד טומטום ואחר כך נקרע ונמצא זכר, אינו נוטל פי שנים.**
**וכן (בן פשוט שנקרע ונמצא זכר) אינו ממעט בחלק בכורה,**
**שנאמר: "וילדו לו בנים"**(דברים כא, טו), **עד שיהיה בן משעת לידה.**

---

[117] אמנם הגרי"ז (סטנסיל ד"ה 'בגמרא חוץ מהנחלה') כתב שהרמב"ם פירש שהגמרא עסקה בדינו של הבכור עצמו ושהוציא פדחתו קודם מות אביו, וביאר שלא יכל הרמב"ם לבאר כרש"י משום שהוא סבר שפשוט שהשני אינו נחשב כבכור שהרי נולד שני, ובזה אף ר"ל חייב להודות, ע"ש]

**כיצד אינו ממעט בחלק בכורה? הרי שהיה לו בן בכור ושני פשוטים וזה הטומטום שנקרע ונמצא זכר, הבכור נוטל רביע הממון (בחלק הבכורה) וכאילו אין עמו אלא שני פשוטים בלבד, והשלשה רביעים הנשארים חולקים אותו שני הפשוטים עם הנקרע ועם הבכור בשוה.**

## מה הדין במציאות שיש רק בכור וטומטום שנקרע ונמצא זכר?

**הפת"ש בסימן רפא**(ס"ק ז) במציאות שיש רק בכור וטומטום שנמצא זכר, ותורף מחלוקתם היא האם בכור מקבל חלק בכורה כשאין עוד בנים, ונ"מ לעניין בת שיורשת בשטר חצי זכר
**השבות יעקב**(ג, קעד)**הביא שאחד הדיינים סבר** שבמקרה לא מגיע לבכור חלק בכורה, הואיל ואין לו עוד אחים בנים שיורשים מן הדין, והביא לזה ראיה מפירוש הרשב"ם לגמרתינו שבהביאו דוגמא לדין טומטום שנמצא זכר שאינו ממעט בירושה, הביא דוגמא שיש לו כמה אחים, ולא רק אח אחד, ועל כרחך שזאת משום שכשיש לו רק אח אחד, הוא בלאו הכי לא מקבל חלק בכורה משום שהוא לבדו.
**השבות יעקב חלק על אותו דיין וכתב שדבריו טעות הם,** ודחה את ראייתו מהרשב"ם, וביאר שהרשב"ם נקט ציור זה משום שאם אמימר היה עוסק רק ב2 הבנים לא היה לו לומר שאינו ממעט חלק בכורה, אלא לומר שהבכור נוטל ג' חלקים והטומטום חלק אחד, אלא על כרחך שהוא עסק במציאות שיש עוד בנים[118] , והביא ראיה שאין לדקדק בזה מכך שהרמב"ם הביא ציור של 4 אחים, ולזה אין צורך גם לשיטת אותו דיין, והביא השבות יעקב דינים רבים שחלקו על אותו הדיין.
[אולם הפת"ש הביא שהשב יעקב (חו"מ סוף סימן יט) סבר כאותו דיין שהבת נוטלת כחצי זכר כלומר שהיא תיטול שליש והיא 2 שליש, (אך נימוקו שם הוא משמעות השטר, ונראה שאינו שייך לנדון דידן לעניין טומטום)]

## סעיף ה

## מי ממעט חלק בבכורה?

בסעיף ג הבאנו את דברי מר בריה דרב יוסף בשם רבא שבן שנולד לאחר מות אביו אינו ממעט חלק בבכורה, (ושם ביארנו זאת קחהו משם)
לשון השו"ע:

**קטן בן יום אחד ממעט בחלק בכורה, אבל לא העובר. ובן שנולד אחר מיתת אביו אינו ממעט בחלק בכורה.**

## סעיף ו

לשון המשנה בבכורות מו.

יש בכור לנחלה ואינו בכור לכהן.

.איזהו בכור לנחלה ואינו בכור לכהן: הבא אחר נפלים, אף על פי שיצא את ראשו חי, ובן תשעה שיצא ראשו מת, המפלת כמין בהמה חיה ועוף - דברי רבי מאיר,

**וחכ"א:** עד שיהא בו מצורת אדם.

המפלת סנדל או שליא או שפיר מרוקם, והיוצא מחותך - הבא אחריהם בכור לנחלה ואין בכור לכהן.

**המשנה מביאה דוגמאות רבות** למציאויות בהם אדם יהיה בכור לעניין נחלה, אך לא לעניין כהן, ומבואר שכל שנולד אחר כל מיני סוגי צורות מוזרות של ילודים הוא נחשב כבכור, ואין מחלוקת בזה, אלא שלדעת חכמים כל שנולד לאחר נפל שאין לו צורת אדם, הוא נחשב בכור גם לעניין כהונה.
**הגמרא בנדה כג: מבארת** שהסיבה שהבן שנולד לאחר כל הנפלים הללו נחשב כבכור, היא משום שלמדנו מן הפסוק 'ראשית אונו', שרק מי שלבו דוה עליו נחשב כראשית אונו.

## האם הנולד אחר נפל נחשב כבכור כשנולד הנפל לגמרי או רק כשהוציא ראשו?

**מבואר במשנה**שהבא אחר נפלים, אף על פי שיצא את ראשו חי, השני נוטל חלק בכורה, ונחלקו נושאי הכלים, האם דברי המשנה נאמרו בדווקא, או גם כשיצא כולו חי, השני נוטל חלק בבכורה.
**רש"י בבכורות כתב:**

הבא אחר נפלים - שיצא ראשו של נפל חי כגון שהיו תאומים אחד נפל ואחד כלו לו חדשיו והוציא נפל ראשו חי והחזירו ובא חבירו וקדמו ויצא זה האחרון בכור לנחלה דראשון לא

[118] לכאורה זו ראיה לסתור, שהרי מוכיח שאמימר עצמו צייר ציור של כמה אחים, וא"כ זו ראיה חזקה יותר!

הפסידו ואף על גב דראשו שהוציא חשוב לידה מעליא מ״ט דגבי נחלה כתיב ראשית אונו מי שלב אביו דוה עליו אם מת יצא נפל שהוציא ראשו ראשון והוי כילוד דלאו בר קיימא הוא ואין לבו דוה עליו׳

**השארית יוסף (כה) למד מדברי רש״י הנ״ל** שהנולד אחר נפלים אלונחשב כבכור, רק במידה ולא נולדו לגמרי אלא רק הוציאו ראשם.

**אמנם הסמ״ע (יג) והב״ח דחו דבריו וכתבו שרש״י** הביא את הדוגמא שהוציא ראשו בכדי לומר שאפילו במקרה זה, השני אינו נחשב בכור לעניין כהונה.

**הש״ך (א) הביא שרש״י בחולין** (סח. ד״ה ׳אע״פ׳) **כתב במפורש כדבריהם, וזה לשונו:**

שאפילו נולד הנפל כולו אינו מפקיע את הבא אחריו שאין לבו דוה עליו וכל שכן אם יצא ראשו מת והאי דנקט ראשו משום בכור לכהן נקט ליה וביציאת ראשו הוי ילוד ופוטר את אחיו מבכור לכהן.

**הפת״ש (ג) הביא שהחם סופר** (אבן העזר ב, קסא)**כתב** שבתשובה אחרת עשה סמוכים יפים לדברי השארית יוסף[119], וכשהיה מעשה כזה השתדלו עם האבות להתפשר עם בן זה הספק. ובתשובה בפנים דייק כן מהרמב״ם (נחלות ב, י) שנקט רק מקרה שיצא ראשו של הנפל.

**עוד הביא הפת״ש שלשער משפט (א) יש שיטה ממוצעת,** והיא שבמידה ולא כלו לו חודשיו הדין כב״ח סמ״ע וש״ך שאף אם יצא הנפל לגמרי, הבא אחריו נוטל חלק כבכור, אך במידה וכלו לו חודשיו הדין עם השארית יוסף משום שרוב נשים יולדות ׳ולד מעליא׳ וחובת הראיה על השני שהוא בכור, ואפילו אין להחשיבו כספק בכור מכיון שלא הוכר כבכור בשעה שנולד (יתבאר בע״ה לקמן סעיף יא), וכתב שבזה עסק השארית יוסף ויפה כיוון.

לשון השו״ע:

**הבא אחר נפלים, אף על פי שיצא ראש הנפל כשהוא חי, הבא אחריו בכור לנחלה.**

**וכן בן ט׳ שיצא ראשו מת, הבא אחריו בכור לנחלה, שזה שנאמר: ״ראשית אונו״**(דברים כא, יז) **הוא שלא נולד לו קודם לזה (ילד) שיצא חי לאויר העולם. לפיכך בן ט׳ שהוציא רוב ראשו חי, הבא אחריו אינו בכור:**

## סעיף ז

### האם יוצא דופן נחשב כבכור ומה דינו של הבא אחריו?

לשון המשנה בבכורות מז:

אי זהו בכור לנחלה ולכהן:...

יוצא דופן והבא אחריו - שניהן אינן בכור לא לנחלה ולא לכהן,

ר"ש אומר: הראשון - לנחלה, והשני - לחמש סלעים.

ובגמרא:

ראשון לנחלה לא - "וילדו לו" בעינן... שני לנחלה לא "ראשית אונו"בעינן...

**רש"א**: הראשון - לנחלה, והשני - לחמש סלעים; ר"ש לטעמיה, דאמר: "תלד" - לרבות יוצא דופן..

**נחלקו התנאים** האם יוצא דופן, נחשב כבכור לענין נחלה:

**לדעת חכמים** לא הראשון (יוצא הדופן) ולא הכא אחריו נחשבים כבכורים, הראשון לא בכור משום שלא נולד בדרך הרגילה ואינו נחשב כ׳נולדו׳, והשני לא, משום שאינו ׳ראשית אונו׳.

**ולדעת ר׳ שמעון** הראשון (יוצא הדופן) נחשב כבכור לענין נחלהה משום שנלמד מן המלה ״תלד׳ שבכל צורה שנולד, הוא נחשב בכור.

**להלכה נפסק כת״ק** שגם הראשון וגם השני אינם נחשבים כבכורים.

לשון השו״ע:

**יוצא דופן והבא אחריו שניהם אינם בכורים, הראשון לפי שלא נולד, ונאמר: וילדו לו** בנים (דברים כא, טו) ;**והשני שהרי קדמו אחר:**

## סעיף ח

### בכור לאב ולא לאם, בכור לאם ולא לאב

לשון המשנה בבכורות מו.

מי שלא היו לו בנים, ונשא אשה שכבר ילדה.. בכור לנחלה ואין בכור לכהן. רבי יוסי הגלילי אומר: בכור לנחלה ולכהן..

---

[119] ובמהדורת ׳מכון חתם סופר השלם׳ כתבו שלא מצאו את התשובה שבה עשה סימוכין לשארית יוסף, והפנו לתשובה אחרת (אבן העזר א, נד) שדן בשארית יוסף הנ״ל ואדרבה שם הוא מביא קושיות על שיטתו ע״ש.

מי שהיו לו בנים ונשא אשה שלא ילדה... בכור לכהן ואינו בכור לנחלה
**מבואר במשנה** שלענין נחלה אין משמעות לאם, וכל שהוא בכור לאביו נוטל פי שנים, ושאינו בכור לאביו אף שהוא בכור לאמו, אינו נוטל פי שנים.
לשון השו"ע:

**בכור לנחלה הוא הנולד לאב ראשון, שנאמר: כי הוא ראשית אונו** (דברים כא, יז)**ואין משגיחין על האם, אפילו ילדה כמה בנים, הואיל וזה ראשון לאביו יורש פי שנים:**

## סעיף ט

### גר שהיו לו ילדים בעוד גוי, וישראל שהיה לו ילדים מגויה

### גר שהיו לו ילדים בעודו גוי, מה דינו של בנו היהודי הראשון?

לשון הגמרא בבכורות מז.

**איתמר**, היו לו בנים בהיותו עובד כוכבים ונתגייר:
**רבי יוחנן אומר**: אין לו בכור לנחלה,
**ור"ש בן לקיש אומר**: יש לו בכור לנחלה.
**רבי יוחנן אומר**: אין לו בכור לנחלה - דהא הוה ליה ראשית אונו.
**ור"ש בן לקיש אומר**: יש לו בכור לנחלה - גר שנתגייר כקטן שנולד דמי.
**ואזדו לטעמייהו, דאיתמר**, היו לו בנים בהיותו עובד כוכבים ונתגייר:
**ר' יוחנן אמר**: קיים פריה ורביה.
**ור"ש בן לקיש אמר**: לא קיים.
**ר' יוחנן אמר**: קיים "לא תוהו בראה לשבת יצרה",
**ור"ש בן לקיש אמר**: לא קיים פריה ורביה - גר שנתגייר כקטן שנולד דמי...
להלכה נפסק כר' יוחנן שבמידה והיו לו בנים בגרותו, אף בנו שיוולד אח"כ לא ייחשב כבכור.

### ישראל שהיו לו ילדים מגוי, מה דינו של בנו היהודי הראשון?

**כתב הרמב"ם** (ב, יב)שישראל שהיה לו בן משפחה או גויה, מכיוון שאינו נחשב בנו, הבא אחריו מן הישראלית הוא בכור לנחלה ונוטל פי שניים.
**כן מבואר בירושלמי ביבמות**(פרק ה הלכה ו), והיד פשוטה הבין כן בשם הספרי שלמדו דן מם הפסוק מ'וילדו לו בנים'- מי שהולדות שלו.

### גר שהיה לו ילדים מישראלית בעודו גוי

**כתב הנתיבות (א)**: 'אבל אם היו לו בנים מישראלית, דהולד הולך אחריה ואינו בנו לכל דבר ואינו יורשו, ולכך כשנולד לו בן אחר שנתגייר הוי בכור לנחלה.
(וכתב ר' דניאל ווסטברוק: אבל לי צ"ע, שהרמב"ם ושאר פוסקים לא חילקו בזה).
לשון השו"ע:

**היה לו בנים כשהיה עובד כוכבים ונתגייר, אין לו בכור לנחלה. אבל ישראל שהיה לו בן מהשפחה או מהעובדת כוכבים, הואיל ואינו קרוי בנו, הבא לו אחריו מהישראלית בכור לנחלה ונוטל פי שנים.**

## סעיף י

### ממזר ובן שנולד מחייבי לאוין, אם נוטל חלק בבכורה

לשון הגמרא ביבמות כג.

**אמר רב פפא**: חייבי לאוין תפשי בהו קדושין, דכתיב: "כי תהיין לאיש שתי נשים האחת אהובה והאחת שנואה", וכי יש אהובה לפני המקום, ויש שנואה לפני המקום? אלא, אהובה - אהובה בנישואיה, שנואה - שנואה בנישואיה, ואמר רחמנא: כי תהיין.
**הגמרא לומדת** שקידושין תופסים בחייבי לאוין מפרשת ירושת בכור, שם נאמר שאף בן השנואה יורש חלק בכורה, ומבארת הגמרא שבן השנואה הוא זה שנולד מאשה שנשאת לאדם על אף שאסורה לו באיסור לאו.

**נראה כי על פי זה פסק הרמב"ם**(ב, יג) שאפילו בכור ממזר מקבל פי שניים, ואין צריך לומר בן גרושה או בן חלוצה.
**אמנם הלחם משנה הקשה**, שממזר הינו מחייבי כריתות, ומשמע בגמרא, שהפסוק עסק דווקא בחייבי לאוין.
**הגר"א (ד ליקוט) תירץ** שבספרי דורשים מחזרה על המילה 'שנואה שמדובר אף באיסור כרת[120].
**הדרכי משה הביא שהשלטי גיבורים**(יבמות יט:) חולק על הרמב"ם וסובר שממזר אינו נוטל חלק בבכורה, משום ששם הסתפק האם בן ממזר נוטל חלק בכורה, ומשמע שפשוט לו שממזר לא.
**השו"ע פסק** כרמב"ם שממזר נוטל חלק בבכורה, והרמ"א לא השיג עליו.
לשון השו"ע:

**היה הבכור ממזר, נוטל פי שנים, שנאמר: כי את הבכור בן השנואה יכיר** (דברים כא, יז) **זו ששנואה בנישואיה; ואין צריך לומר אם היה בן גרושה או בן חלוצה:**

## סעיף יא

### ספק בכור

לשון הגמרא בב"ב קכז.

**...דרש רבא:** שתי נשים שילדו ב' זכרים במחבא - כותבין הרשאה זה לזה.
א"ל רב פפא לרבא, והא שלח רבין: דבר זה שאלתי לכל רבותי ולא אמרו לי דבר,
**ברם כך אמרו משום ר' ינאי:** הוכרו ולבסוף נתערבו - כותבין הרשאה זה לזה, לא הוכרו - אין כותבין הרשאה זה לזה!
**הדר אוקי רבא אמורא עליה ודרש:** דברים שאמרתי לכם טעות הן בידי, ברם כך אמרו משום ר' ינאי: הוכרו ולבסוף נתערבו - כותבין הרשאה זה לזה, לא הוכרו - אין כותבין הרשאה זה לזה.

**ממסקנת הגמרא עולה** שאם שני נשים ילדו לאיש אחד שני זכרים ונתערבו, ואיננו יודעים מי הוא הבכור, יש חילוק, אם מתחילה היה ידוע מי הוא הבכור יכולים הם לכתוב שטר הרשאה זה לזה, שכל אחד מסמיך את השני להוציא את חלק הבכורה יחד משאר האחים, אך אם לעולם לא היה שלב שהיה ידוע מי הוא הבכור, אף אחד מהם אינו נוטל חלק בבכורה, **וכן פסק השו"ע.**
**וביאר רשב"ם שזאת** משום שצריך שיהיה ידוע משעת הוויה מי הבכור.
[התוספות הקשו כיצד מועילה הרשאה במידה והיה ידוע בתחילה, והרי בדף קכו: אמר רב פפא בשם רבא שאין לבכור כלום בחלק בכורתו קודם חלוקה, וא"כ כל עוד לא חלקו אין להם על מה לתת הרשאה.
ותרצו תוספות בשם ר"י שהמורשה אינו אלא שליח, כמסקנת הגמרא בב"ק ע.
הקצות (א) העיר על כך שלפי הרמב"ן לא מועילה הרשאה בשליחות לבד, וציין לדבריו בסימן קכג (סק"א). ושם מבואר בשם הרמב"ן שאף במקום שהמורשה לא קנה עדיין, מכיוון שאם יבוא הדבר לעולם יקנה, הוא יכול לתת הרשאה, ולא יוכל כנגדו לטעון 'לאו בעל דברים דידי את].

### ספק נולד מאב זה ספק מאחר

לשון המשנה ביבמות ק.-:

מי שלא שהתה אחר בעלה שלשה חדשים ונשאת וילדה, ואין ידוע אם בן תשעה לראשון אם בן שבעה לאחרונהיו לו אחים מן הראשון ואחים מן השני שלא מאותה האם...
הוא אינו יורש אותן אבל הם יורשין אותו.

**הרמב"ם**(נחלות ה, ג) הביא דין זה ביחד עם שאר דינים הנובעים מהכלל ש'אין ספק מוציא מיד ודאי', **וכן פסק הרמ"א.**
**וכתב הלחם משנה** שלפי זה במידה שלאחד מהספק אבות לא היו עוד בנים, הבן הזה חולק עם אחי המת (או הקרובים יותר אחריו) שגם האחים הם יורשים רק מספק.

---

[120] כתב ר' דניאל ווסטבורק: 'אבל עדיין צל"ע בזה שלכאורה זה נגד הגמרא שלנו. שאם כדברי הסיפרי לכאורה אין ללמוד מפרשה זו שקידושין תופסים בחייבי לאוין דוקא'.
ונראה לי ליישב, שהגמרא דרשה מהפסוק: 'כִּי תִהְיֶיךָ לְאִישׁ שְׁתֵּי נָשִׁים הָאַחַת אֲהוּבָה וְהָאַחַת שְׂנוּאָה וְיָלְדוּ לוֹ בָנִים הָאֲהוּבָה וְהַשְּׂנוּאָה וְהָיָה הַבֵּן הַבְּכֹר לַשְּׂנִיאָה' שהקידושין תופסים בשניה, אך הספרי מבין שהפסוק השני- 'וְהָיָה בְּיוֹם הַנְחִילוֹ אֶת בָּנָיו אֵת אֲשֶׁר יִהְיֶה לוֹ לֹא יוּכַל לְבַכֵּר אֶת בֶּן הָאֲהוּבָה עַל פְּנֵי בֶן הַשְּׂנוּאָה הַבְּכֹר' אינו עוסק באותה אשה, וממילא לגביה לא נאמר 'כי תהיין, ודוק.

## נולד לאחר זה שהוא ספק מאב זה אם יכול ליטול בבכורה יחד עם הראשון על ידי הרשאה

**וכתב הטור** שהנולד אחרי זה שמסופק למי נולד, אינו יכול ליטול חלק בבכורה מן הספק שהראשון אינו מאב זה, ואף אם יעשו הוא והראשון הרשאה זה לזה, זה לא יועיל.
**וביאר בבדק הבית** שזאת משום שלא הוכר ספק זה מעולם, וכמבואר לעיל בדין שנים במחבוא.
**הרמ"א פסק את דברי הטור הללו.**

## האם ניתן להוכיח בכורה לפי חישוב תאריך הכתובה עם רישום הלידה?

**כתב הסמ"ע (יח):**
כתב ב"י [סעיף י"ט] וז"ל, כתוב בתשובת הגאונים, האומר לאחיו אני בכור והלה כופר, והביא הטוען כתב אחד שכתוב בו נולד פלוני ד' לסיון שנת י"ד, והוציא כתובת אמו והיה זמנה ב' בכסליו שנת י"ג. תשובה, אין סומכין על זכרון זמן הלידה עם זמן הכתובה, כי אינה צוואה וי"ל טעה או שחפץ לכתוב מה שכתב שלא באמת, עכ"ל ד"מ [שם]:

לשון השו"ע:
**מי שנסתפק לנו אם הוא בכור או פשוט, כגון שנתערב עם אחר, אינו נוטל פי שנים.**
**וכיצד עושין? אם הוכרו ולבסוף נתערבו כותבים הרשאה זה לזה ונוטלים חלק בכורה.**
**ואם לא הוכרו, כגון שילדו במחבואה אחת, אין נוטלין חלק בכור.**
הגה: ספק בן ט' לראשון או בן שבעה לאחרון, אינו יורש אחד מהן, והבא אחריו אינו נוטל חלק בכורה אפילו בהרשאה מן הספק (טור).

# סעיף יב

## מי נאמן להעיד על אדם שהוא בכור?

לשון הגמרא בקידושין עג:
**אמר רב חסדא:** שלשה נאמנים לאלתר, אלו הן: אסופי, חיה, ופוטרת חברותיה...
חיה, דתניא: חיה נאמנת לומר זה יצא ראשון וזה יצא שני, במה דברים אמורים - שלא יצתה וחזרה, אבל יצתה וחזרה - אינה נאמנת;
**רבי אליעזר אומר:** הוחזקה על עומדה - נאמנת, ואם לאו - אינה נאמנת.
**מאי בינייהו?**
**איכא בינייהו** דאהדר אפה.
ובגמרא בדף עד.
**אמר רב נחמן:** שלשה נאמנין על הבכור, אלו הן: חיה, אביו, ואמו.
חיה - לאלתר, אמו - כל שבעה, אביו - לעולם; כדתניא: "יכיר" - יכירנו לאחרים.
מכאן א"ר יהודה: נאמן אדם לומר זה בני בכור, וכשם שנאמן לומר זה בני בכור, כך נאמן לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה; וחכמים אומרים: אינו נאמן.

## נאמנות המילדת

**מבואר שמילדת**(חיה) נאמנת לומר מיהו הבכור וזהו דווקא לאלתר, ונחלקו התנאים בגדר שיעור זה:
**לדעת ת"ק** כל עוד היא לא יצאה מן החדר, היא נאמנת.
**ולדעת ר"א** נאמנת רק במידה ולא החזירה פניה.
**הטור כתב** 'משמיצא תחת ידה אינה נאמנת'.
**אמנם הרמב"ם**(נחלות ב, יד)**והשו"ע** השמיטו הגדרה זו וסתמו שחיה נאמנת מיד
**וכתב ערוך השולחן (יג):**
בגמ' מבואר דאין החיה נאמנת אלא כל זמן שלא יצאה מבית היולדת אבל כשיצאה וחזרה אינה נאמנת וכל הפוסקים השמיטו זה ולא ידעתי למה ואף דאפשר לומר דזהו נכלל במה שכתבו נאמנת מיד מ"מ היה להם לפרש ועוד דרמב"ם באיסורי ביאה שם והטור וש"ע באה"ע שם לא כתבו גם לשון מיד.

והטור כתב דמיד שיצאה מתחת ידה אינה נאמנת.
ואפשר דבאה"ע שם כל זמן שלא קראו עירעור אפילו שלא מיד נאמנת אבל לא ידעתי למה.

## נאמנות האם

**מבואר מדברי רב נחמן** שהאם נאמנת להעיד על הבכור כל שבעת הימים הראשונים לאחר הלידה, **וכן נפסק בשו"ע.**

## נאמנות האב

לשון הגמרא בב"ק קכז. קכז:
שלחו ליה בני אקרא דאגמא לשמואל, ילמדנו רבינו: היו מוחזקין בזה שהוא בכור, ואמר אביו על אחר בכור הוא, מהו? שלח להו: כותבין הרשאה זה לזה.
**מה נפשך?**
אי כרבנן סבירא ליה, לישלח להו כרבנן!
אי כרבי יהודה סבירא ליה, לישלח להו כרבי יהודה!
מספקא ליה אי כרבי יהודה אי כרבנן.
מאי היא?
**דתניא:**"יכיר" - יכירנו לאחרים, מכאן אמר רבי יהודה: נאמן אדם לומר זה בני בכור; וכשם שנאמן אדם לומר זה בני בכור, כך נאמן אדם לומר זה בן גרושה וזה בן חלוצה.
**וחכמים אומרים:** אינו נאמן.
**אמר ליה רב נחמן בר יצחק לרבא:** בשלמא לרבי יהודה, היינו דכתיב יכיר, אלא לרבנן יכיר למה לי?
בצריך הכירא.
למאי הלכתא?
"לתת לו פי שנים".
לא יהא אלא אחר, אילו בעי למיתבא ליה במתנה מי לא יהיב ליה?
לא צריכא, בנכסים שנפלו לו לאחר מכאן.
ולר"מ דאמר: אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, יכיר למה לי?
בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס.
**מגמרא זו עולה שנחלקו ר"מ וחכמים** האם האב נאמן לומר על בנו שהוא בכור גם כשכבר היה אחר מוחזק בבכורה.
**לדעת ר' יהודה** נאמן האב אף כנגד מוחזקות.
**אמנם חכמים סברו** שכל נאמנותו של האב היא רק במציאות שצריך היכר, וביאר רשב"ם 'בצריך היכרא כגון שבאו מחדש בכאן ואין מוחזקין באחד מהן מי הבכור ומי הפשוט', ובזה נאמן האב לומר מי הבכור[121] **הגמרא שואלת** שלזה אין צורך בפסוק,משום שיש להאמינו ב'מיגו' שיכל להקנות לו את כל רכושו.

---

[121] ועיין רש"י בקידושין (עח: ד"ה 'בצריך היכרא') שביאר:'כגון שבא ממדינת הים ולא הוחזק לנו בבכור אלא על פי אביו', וקצת משמע שלדעת רש"י אף אם היו כמה אחים ידועים ואחד מהם הוחזק כבכור, כל עוד יש אדם שלא ידוע לנו כלל מעמדו, יכול האב לומר שהוא בכור, אך אין הדבר חד לי וצריך עיון.
והעירונו חבריי ר' דניאל ווסטרברוק ור' איתן הבן וכדו', שנראה שאין מציאות בה יחלקו רש"י והרשב"ם,מפני שבמידה והוחזק אחד מהם כבכור ממש, כגון שעשו לו פדיון הבן וכדו', אז אף במידה ויבוא בן אחר, יודה רש"י שהאבא לא יהיה נאמן לומר שהאחר בכור כנגד המוחזק, ואם לא הוחזק אף אחד מהאחים המוכרים כבכור, אלא שהיה ידוע שהוא הגדול מבינהם, אף הרשב"ם יודה שבמקרה זה יש נאמנות לאבא, ואף זה מוגדר כ'צריך היכרא'.
עוד יש לעיין בדברי רש"י ד"ה קידושין עח: 'אינו נאמן) שכתב שלא נחלקו ר' יהודה וחכמים לעניין בכורה אלא לענין ממזרות וזה כנגד הגמרא בב"ב במפורש שכותבת במפורש שנחלקו ר' יהודה וחכמים אם נאמן לומר שבנו בכור אף כנגד המוחזק, ועוד שנפסק להלכה כר' יהודה שנאמן ושלא כחכמים, ואף בגמרא בקידושין, מופיעה אותה הגמרא, אלא ששם היה ניתן לדחוק, שהעמדת הגמרא 'בצריך היכרא' נאמרה בין לר"י ובין לחכמים, ויוצא שמודה ר' יהודה לחכמים שלעניין בכורה, האב אינו נאמן כנגד המוחזק, אך זה ממש כנגד דברי הגמרא בב"ב וכנגד היוצא להלכה.
(יש לציין שרש"י חזר על דבריו אלו שלא נחלוקו ר' יהודה וחכמים לעניין בכורה אף בקידושין עד. ד"ה 'וחכמים אומרים').
וכבר הקשו על דבריו עלו התוס' ראש (קידושין עד. ד"ה 'וחכ"א) ובתוספות רי"ד (קידושין עח: ד"ה 'וחכמים אומרים') והתוספות יום טוב (קידושין ד, ח ד"ה 'ר' יהודה)
ובדברי משפט (רעז, א) כתב ליישב שכל מה שחלק ר' יהודה על חכמים שנאמן לומר על בנו שהוא בכור כנגד המוחזק, זה רק במציאות שידוע סדר הגילאים, וטוען שהגדול אינו בנו, , וממילא השני בכור, ונאמן מכוח החזקה שאין אדם אומר על בנו שאינו בנו, אך באמת אף ר' יהודה מודה שאינו נאמן לומר על הראשון שהוא שני ועל השני שהוא ראשון.

**רצתה הגמ' לתרץ בתחילה** שהפסוק נצרך במידה ורוצה שיירש גם נכסים שיקנו לאחר מכן, שאותם אינו יכול להקנות כעת, הואיל והם אינם בעולם.
**הקשתה הגמ'** ומה יאמרו חכמים לשיטת ר"מ הסובר שניתן להקנות דבר שלא בא לעולם.
**ותירצה הגמ'** שהתורה נצרכה לחדש שנאמן אף במציאות שהוא גוסס. (ועיין בסימן רנ סעיף ו במחלוקת רש"י ותוספות בהבנת תירוץ זה).
**הגמרא בב"ב קכח. מביאה ששלח ר' אבא לרב יוסף בר חמא**: 'האומר על תינוק בין הבנים - נאמן; ורבי יוחנן אמר: אינו נאמן'.
**והסתפקה הגמרא** במה נחלקו, והסיקה שנחלקו אם יש לפסוק כר' יהודה שסבר שהאב נאמן לומר מי הבכור בן האחים, או כחכמים שאינו נאמן אלא במציאות שצריך היכרא.
**ושם דרש מר זוטרא**(קכח:-קכט.)**בשם רב שימי בר אשי** שהדין עם ר' אבא והלכה כר' יהודה, שנאמן האב לומר מי הבכור גם מבין האחים.
**על פי זה פסק השו"ע** שנאמן האב לומר מי הוא הבכור אף כנגד המוחזק.

## האם נאמן האב כנגד עדים, כנגד קול, כנגד דברי עצמו?

**הרשב"ם כתב**(ב"ב קכז. ד"ה 'היו מוחזקין') שכל נאמנות האב לומר שבנו בכור כנגד המוחזק, זה דווקא כשהוחזק ע"י קול בלבד, אך אם היו עדים על אחד שהוא בכור, לא יכול האב להכחיש ולומר שאינו בכור.
**הרמב"ן והר"ן**(ב"ב קכז. ד"ה 'היו מוחזקים')**השיגו על הרשב"ם וכתבו** שפשוט שנאמן אף כנגד עדים, כלומר, שאף שהעדים אומרים שהוא נולד קודם אחיו, יכול האב לומר שאינו בנו, שהרי לפי ר' יהודה, הוא נאמן לומר שבנו ממזר, ואדרבה במקרה שאביו היה רגיל לומר שהוא בכור, בזה אינו נאמן (נראה שהבינו שזה ה'קול' עליו דיבר רשב"ם) ש'כיוון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד'.
**הטור הביא את ב' הדיעות**[122].
**הרמ"א פסק כדברי הרמב"ן** שאם אמר על אחד פעם אחד שהוא בכור, שוב לא יכול לחזור בו.
**הרמב"ם** (נחלות ב, יד) **השו"ע כתבו:** 'אפילו אמר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל: בני הוא ובכורי הוא, נאמן' (לקמן נתייחס לעצם הדין שנאמן אף על מי שלא ידוע שהוא בנו כלל).
**ודקדקו הסמ"ע (כד) והט"ז** שבדווקא כתבו 'על מי שלא הוחזק בנו' והכוונה שלא היה ידוע שהוא בנו, ונאמן האב לומר שהוא בנו, אך אם היה ידוע שאינו בנו כגון ע"י עדים או ע"י הודאת עצמו אין זה יועיל, וכל מה שמועיל כנגד עדים, זה כשהעדים מעידים שנולד קודם, אך אם אין מעידים שהוא בנו, ולכן נאמן האב לומר שהוא ממזר.

## האם נאמן לומר על מי שלא הוחזק כבנו שהוא בכורו?

**כתב הרמב"ם** (נחלות ב, יד) **ובעקבותיו השו"ע** שנאמן לומר על מי שלא הוחזק כבנו שהוא בכורו.

---

ועיין בחת"ס (אבן העזר ב סז) מה שתירץ ולכאורה נראה דחוק.
ובשבות יעקב (ב, קלז) ביאר לכאורה היפך הדברי משפט שאף חכמים מודים שנאמן כנגד החזקה, אלא שאינם מודים שנאמן במקרה שע"י עדותו יפסול את הגדול ויאמר שהוא אינו בנו וממזר, אלא שסוף דברי השבות יעקב אינם מובנים במה שביאר את דברי הגמרא ב'צריך הכירא' שביאר: 'שאין א' מהם ניכר גדולתו שמשוה לגדול ממזר רק ששניהם שווים' ולכאורה זה שלא כרש"י שנצרך להעמיד במציאות שהגיע ממדינת הים, ולשיטת השבות יעקב אין צורך לזה שנאמן אף כנגד החזקה, וצ"ע.
ומר' איתן וגנר שמעתי שניתן לבאר רש"י ע"י 'שילוב' ה'דברי משפט' והשבות יעקב, ולומר כ'דברי משפט' שהגמרא הניחה שהאב אינו נאמן לומר על מי שמוחזק כגדול שהוא קטן, ולהיפך, ובזה אף ר' יהודה מודה, וא"כ על כרחך יוצא שמציאות היחידה של 'יכיר' היא כשאומר על הגדול שאינו בנו, ועל כן שאלה על חכמים באיזה מציאות יש להם 'דין יכיר' ולכך נצרכה הגמרא לומר שמדובר במציאות שהגיע אדם נוסף ממדינת הים, ובזה נאמן לומר שהוא בכורו, ויוצא שאכן אין כלל מחלוקת בין ר' יהודה לחכמים בדין 'יכיר' וכל מחלוקתם היא אם יכול לומר על בנו שאינו בנו.
ומר' מבורך טויטו שמעתי שאין כלל לדקדק ברש"י, ויש לומר שכל מה שרצה לומר באומרו: 'אבל לענין בכורה לא פליגי' היא שלא נחשוב שחכמים סוברים שאין כלל דין 'יכיר' בבכור, אלא שהם מודים שיש, ומכול מקום נחלקו אימתי יש, ולענ"ד יש בזה קושי בהתנסחותו של רש"י וצ"ע, ועיין עוד בספר שערי תורה (לרב בנימין וולף לב בנו של השמן רוקח, כלל יח פרט א, ויג שהאריך בזה).
[122] יש להעיר שכלל לא ברור שיש כאן מחלוקת להלכה, שיתכן שאף הרשב"ם יודה שהאב אינו יכול לסתור דבריו הראשונים, ואף הוא יודה שנאמן לומר שילד זה אינו בנו, וכל כוונתו לומר שאינו יכול לומר שהראשון נולד שני כנגד העדים, ונחלקו ראשוני האחרונים במפורש בדבר זה:
**הרדב"ז** (א תקמו) כתב שפשוט שנאמן האב להכחיש במפורש את העדים, **וכן כתב המהר"י בן לב** (א, סד) וכתב שהרמב"ן כתב לרבותא שמדובר כשאין ויכוח על הגיל, אלא על השאלה האם הוא בנו, ולחדש שאף כשפוסל בנו זה מועיל וכש"כ כשלא פוסלו.
**אמנם המהרשד"ם** (חו"מ סימן שד) **כתב** שבמקרה שמכחיש את העדים על הגיל, הוא אינו נאמן, משום שרק כשאומר דבר שאין העדים יכולים להכחישו נאמן, אבל בדבר 'שהעדים יכולים לידע כמוהו, אין סברא בעולם שיהיה הוא נאמן יותר,
ועיין במשפטי שמואל (קג) לתלמידו של המהרשד"ם שהשיג על דבריו.
אך יש להעיר שבעיון ראשוני נראים דברי המהרשד"ם גם מצד הסברא שלא יהיה נאמן כנגד עדים, וגם משום שהראשונים טרחו להעמיד במציאות שאין הכחשה בין העדים לבעלים, וביארו שבזה הסברא שיהיה נאמן, ואם היו חושבים שיש סבא אף בהכחשה גמורה, היה להם לכתוב, ודוק.

**הב"י כתב שנראה שמקורו במשנה בב"ב קלד.** שם נאמר שנאמן האב לומר על אדם שהוא בנו,(ויוצא שאם נאמן לומר שהוא בנו ונאמן לומר שהוא בכורו, נאמן אף על שני הדברים יחד)[123].

**הקצות (ב) כתב שדין זה של הרמב"ם** שנאמן לומר על מי שלא ידוע כבנו שהוא בכור, אינו פשוט כלל ונתון במחלוקת ראשונים:

**הרשב"ם** (ב"ב קלד: ד"ה ליורשו) **ותוספות** (ב"ב קלד: ד"ה 'ליורשו')**כתבו במפורש**שאינו נאמן על מי שאינו ידוע כבנו לומר שהוא בנו אלא ב'מיגו' שיכל לתת לו מתנה, והנ"מ היא שאינו נאמן לגבי נכסים שיפלו לאחר מכאן.(כך פירשו את שאלת הגמרא על המשנה שאמרה: זה בני נאמן, וביארה הגמ' שאחת הנ"מ היא שנאמן לירושה והקשתה הגמרא 'פשיטא', וביארו שזה פשוט משום שיש לו 'מגו' שיכל לתת במתנה, ובאמת נכסים שאינו יכול להקנותם, גם למסקנה לא יהיה נאמן להורישם לו, היות ואין הוא מוחזק כבנו, עי"ש]

**אך כתב שנראה שהרא"ש** (ב"ב ח, לט)**מסכים עם הרמב"ם**שהביא את הר"מ שתמה על דברי הרשב"ם עי"ש, ומשמע שנאמנותו של האב על בנו קיימת אף כשאין לו מגו שיכל לתת במתנה.

**הקצות כתב שנראה עיקר כדעת הרשב"ם ותוספות והוכיח כן מהגמרא בכתובות כה:**שם מופיעה ברייתא בזה הלשון:

הרי שבא ואמר בני זה וכהן הוא נאמן להאכילו בתרומה ואינו נאמן להשיאו אשה **דברי רבי**,

**אמר לו ר' חייא:** אם אתה מאמינו להאכילו בתרומה - תאמינו להשיאו אשה, ואם אי אתה מאמינו להשיאו אשה - לא תאמינו לאכול בתרומה!

**אמר לו:** אני מאמינו להאכילו בתרומה - שבידו להאכילו בתרומה, ואיני מאמינו להשיאו אשה - שאין בידו להשיאו אשה.

**הקצות הוכיח מדברי ברייתא זו** שהאבא אינו נאמן להעיד על מי שאינו מוחזק כבנו על דברים שלא יכול לתת בדרך אחרת, ולכן אינו נאמן להעיד על כשרותו בכדי שינשא לאשה כשרה, וזאת בניגוד למציאות שמוחזק בבנו שנאמן להעיד שהוא פסול והוא הדין שיהיה נאמן להעיד שהוא כשר, ולאור זאת פשוט שגם הוא אינו נאמן להעניק לו מהירושה בדברים שכשרגע אין בידו להקנותם[124].

**הקצות הביא סימוכין לדבריו מהנמוק"י**(יבמות כג:)**שמביא מחלוקת** בדבר מציאות שיש הכחשה בין האב לאם לגבי כשרות הילד- האב טוען לכשרותו והאם טוענת שהוא פסול:

**יש אומרים** שהולד ספק ממזר.

**ויש אומרים** שאם האב טוען כן בוודאות [שלא זזה ידו מתוך ידה] -האב נאמן, שכיון שהאמינתו התורה לפוסלו כל שכן שנאמן להכשירו,

**והביא הנימוק"י שהריטב"א** (יבמות סט: ד"ה 'אלמא')**הסיק**שנאמן האב משום שטעם האחרון מסתבר.

**וכתב הקצות** שלפי סברא זו היה לנו גם להאמין לאב להשיאו לאשה, אלא על כרחך, שאין לאב 'דין יכיר' כשלא ידוע שהוא בנו, וכתב הקצות שזוהי גם סברת הדיעה הראשונה בנמוק"י הסוברת שהולד הינו ספק, ושלא כהכרעת הריטב"א שיש לאב נאמנות אף במקרה זה.

**כמו כן הביא הקצות את דברי השלטי גיבורים** (קידושין לב.)**שכתב** שכל נאמנותו של האב לומר שבנו ממזר זה רק כשהוא טוען שהוא בנו[125]

**הקצות כתב** שיש קושי על טענתו שנאמן האב להכשיר את בנו הידוע שהוא שלו, אך אינו נאמן להכשיר במידה ואינו יודע שהוא בנו, מהירושלמי (כתובות ב, ז) ממנו עולה שאין נאמנות לאב להכשירו לכהונה, אף כשידוע שהוא בנו, וזה לשון הירושלמי:

**חז בר נש אתא לגבי דרבי** (אילא) **אמר ליה:** בני הוא זה וכהן הוא.

---

[123]**והבאנו לעיל שהסמ"ע (כד) דקדק** שאינו נאמן לומר על מי שהוחזק שאינו בנו כבנו.
אמנם יש להעיר שבסימן רעט ס"ק א הסתפק הסמ"ע האם מדין 'יכיר' למדנו שנאמן האב לומר על כל אדם שהוא בכורו, או רק על מי שהוחזק כבנו, וזה שנאמן לומר גם על מי שלא הוחזק, אינו מדין יכיר, אלא שכך מסתבר לחכמים, והביא נ"מ במציאות שהיה מרחיקו ממנו, אם נאמן אח"כ לומר שהוא בנו בכורו, ולבסוף כתב שמסתבר שדין יכיר שייך אף כשלא הוחזק כבנו, עי"ש.

[124]יש להעיר שעצם השוואת הקצות בין היכולת לפסול מי שאינו מוחזק כבנו לבין היכולת להגדירו כבנו לעניין בכורה מעלה תמיה, וכי יעלה על הדעת שלדעת הרמב"ם יוכל כל אדם לטעון על מאן דהו שהוא בנו ולפוסלו, וכן מפורש מדברי הרמב"ם לא כך, וכך כתב (איסורי ביאה טו, טו): 'אבל האב שהוחזק שזה בנו ואמר בני זה ממזר הוא נאמן ואם יש לבן בנים אינו נאמן, שלא האמינה אותו תורה אלא על בנו שנאמר כי את הבכור בן השנואה יכיר יכירנו לאחרים', משמע שלענין פסול, נאמן דווקא במי שהוחזק כבנו.ובטעם החילוק עיין בשיעורי ר' דוד פוברסקי (כתובות כה: סימן צה).

[125]יש להעיר שלכאורה אין קשר בין דברי השלט"ג, לרמב"ם הנ"ל. מפני שהרמב"ם טוען שנאמן לומר על מי שלא מוחזק בנו שהוא בנו מדין 'יכיר', והשלט"ג טוען שאף על המוחזק כבנו, אינו נאמן לטעון שהוא פסול באופן שאינו בנו משום שכעת מודה שאינו ולכאורה אלו 2 טענות שונות היכולות להסתדר יחד בכפיפה אחת, שכל שטוען שהוא בנו נאמן אך כשטוען שאינו בנו אינו נאמן, אלא שבפועל היה נראה שהרמב"ם אכן חולק על דברי השלטי גיבורים מפני שכתב בהלכות איסורי ביאה (טו, טז): 'וכשם שנאמן לומר בני זה בכור כך נאמן לומר בני זה ממזר או בן גרושה או בן חלוצה, **וכן אם היתה אשתו מעוברת נאמן לומר עובר זה אינו בני וממזר הוא ויהיה ממזר ודאי'** , אך מדקדוק בלשון הרמב"ם עולה לכאורה שלא אמר כן אלא לגבי מעוברת שבזה אין עוד חזקה לעובר שהוא בנו, ואכן כך ביאר ברמב"ם בנו של ה'נודע ביהודה בספרו שיבת ציון (סז) וואכמ"ל.

**אמר ליה**: בנך הוא ואינו כהן.

**אמר ליה ר' חייה**:רובה אם מאמינו את שהוא בנו האמינו שהוא כהן ואם אין את מאמינו שהוא כהן אל תאמינו שהוא בנו.

**אמר ליה**: בנו הוא אלא אני אומר בן גרושה הוא, או בן חלוצה הוא.

**א"ר אבין** אכין א"ל אם מאמינו את שהוא בנו האמינו שהוא כהן ואם אין את מאמינו שהוא כהן אל תאמינו שהוא בנו ויעשה כהרחק עדות ויהא נאמן עליו

**אמר לו** בנו הוא אלא אני אומר בן גרושה וחלוצה הוא.

לא כן אמר רבי יצחק בן חקולה ור' שמעון בר' חד העלה אח ע"פ אחיו וחרנה העלה בן מפי אביו נימא משהעלה רבי אח מפי אחיו אפילו תימר בן מפי אביו ללוייה:

הקצות נותר בזה בצ"ע[126].

## האם בכור מקבל חלק בכורה בנכסים שקיבל אביהם בשעה שהוא גוסס?

**הבאנו לעיל ששאלה הגמ'** על דעת חכמים שסבור שדין 'יכיר' נאמר רק לעניין בכורה ב'צריך היכרא', שלזה איו צורך בפסוק, שהרי פשוט שאדם יכול להקנות נכסיו למי שירצה.

**ולבסוף תירצה הגמ'** שהתורה נצרכה לחדש שנאמן אף במציאות שהוא גוסס.

**הב"י כתב**שכיוון שעולה מהגמרא שלדעת חכמים זוכה הבכור בחלק הבכורה אף בנכסים שנפלו לו כשהוא גוסס, כל שכן שכך הדין לדעת ר' יהודה שסובר שנאמנות של האב על בנו גדולה יותר..

**אך מיד לאחר מכן הביא אתדברי הנמוק"י**(ב"ב נו. ד"ה 'אמר המחבר') **שכתב** שדווקא לדעת חכמים שייך חלק בכורה אף בנכסים שנפלו לאבו כשהוא בכור, אבל לדעת ר' יהודה שכמותו נפסק להלכה,, לא זכה הבכור בנכסים שנפלו כשהוא בכור, ומכול מקום מקבל חלק פשוט כאשר האחים.

**הדרישה בסימן רעט ביארשהנמוק"י כתב כן** לשיטתו שכתב בדף סא: (ד"ה 'ליורשו') שלדעת ר' יהודה האב נאמן מדין 'יכיר' דווקא כשאומר על אחד מהבנים שהוא הבכור ולא הגדול, ובעצם טמון באמירתו שהגדול אינו בנו והוא ממזר, ובזה נאמן משום שיש חזקה שאין אדם אומר על בנו שאינו בנו, אבל לענין ירושה יכול לומר על מי שאינו בנו שהוא בנו, ולכן לפי זה לא תועיל אמירתו שבן זה בכור, בשעה שהוא אינו מסוגל להקנות, וביאר שם הדרישה שהוא הדין לגבי חלק הפשוט, אלא שהנמוק"י דיבר במציאות שידוע שאותו אדם בנו, ולכן הוא מקבל בירושה כמו כולם, אך לא נוטל חלק בכורה, עי"ש.

**השו"ע** לא הזכיר את עניין זה כלל.

**והרמ"א בסימן רעט סעיף א כתב** שנאמן האב לומר על בנו שהוא יורשו אף בנכסים שיפלו כשהוא גוסס, אך לא הזכיר במפורש מה הדין בחלק הבכורה, (ומכול מקום מסתימתו נראה שלא כנמוק"י)

לשון השו"ע:

**שלשה נאמנים על הבכור: חיה, אמו ואביו.**

**חיה מיד, שאם אמרה: זה יצא ראשון, נאמנת.**

**אמו, כל שבעת ימי הלידה, נאמנת לומר: זהו הבכור.**

**אביו, לעולם. אפילו אמר האב על מי שלא הוחזק בנו כלל: בני הוא ובכורי הוא, נאמן. וכן אם אמר על המוחזק לנו שהוא בכורו: אינו בכור, נאמן.**

הגה: מיהו אם אמר פעם אחת על אחד שהוא בכור, לא יוכל לומר אחר כך על אחר שהוא בכור (טור בשם הרמב"ן ובית יוסף בשם הר"ן ונ"י פרק י"נ):.

## סעיף יג

### נאמנות על בכור מכוח ששמעו כן מאביו

לשון הגמרא בב"ב קכו:

ההוא דאתא לקמיה דרבי חנינא, אמר ליה: מוחזקי בזה שהוא בכור.

**אמר ליה**: מנא ידעת?

**אמר ליה**: דכי הוו אתו לגבי אבוה, אמר להו: זילו לגבי שכחת ברי, דבוכרא הוא ומסי רוקיה. ודלמא בוכרא דאמא הוא!

---

[126] ולא הבנתי מנין הניח הקצות שמדובר כשידוע שהוא בנו, ויותר נראה שמדובר כשלא ידוע שהוא בנו, ולכן נאמן לענין ירושה ולא לענין כשרות, ומצאתי שתמה כן הרב ישראלי במשפטי שאול סימן ג עמוד לח, וכתב שאדרבה מוכח מהירושלמי כרמב"ם שיש לחלק בין נאמנות לעניין ירושה לבין הכשר ופסול וכפי שהבאנו לעיל בהערה 124.

**גמ'ר:** בוכרא דאבא - מסי רוקיה, בוכרא דאמא - לא מסי רוקיה.
**הגמרא מספרת** על אדם שהעיד על אדם אחר שהוא בכור, וזאת מכח ששמע מאביו שבכור הוא, והרוק שלו מרפא (וביאר הרשב"ם- מרפא לעין). וידע אותו אדם שכוונת אביו שהוא בכור מהאב ולא מהאם משום שיש שיש מסורת שרק הרוק של בכור לאביו מרפא.
**על פי זה פסקו הרמב"ם**(נחלות ב, יז)**ובעקבותיו הטור והשו"ע**:'ששמעו מן האב שאמר זה בני בכור אינו נוטל פי שנים בעדות זו שמא בכור לאמו הוא ולזה נתכוון האב עד שיאמר בני בכורי'.ולא הזכיר הרמב"ם, את עניין רפואת הרוק, **והוסיפו זאת הטור והשו"ע.**

## אבא שאמר על בנו בהספד: 'אוי, בני בכורי'.

**הב"י הביא את דבריהמהרי"ק שכתב**(שורש קמה) שאם מת בנו והניח בנים והיה האב מספיד עליו :'אוי על בני בכורי' הרי הוא מוחזק לבכור ונוטלים בניו פי שנים, **וכן פסק הרמ"א.**

## אב המסיח לפי תומו שבנו בכור

**כתב הב"י בשם הנמוקי יוסף** (ב"ב נה: ד"ה דכי אתו)**בשם הריטב"א:**'אם קורהו אביו בכור גמור במסיח לפי תומו בכור הוא ונוטל פי שנים'.
לשון השו"ע:

**שמעו עדים שאמר: פלוני בני בכורי הוא, נוטל פי שנים. פלוני בני בכור הוא, אינו נוטל פי שנים, שמא בכור לאמו הוא דקאמר. ואם אמר דברים שמוכיחים שנתכוון לומר שהוא בכור לאב, נוטל פי שנים; כגון שאמר: פלוני בני בכור הוא ורוקו מרפא חולי העינים, דגמירי דרוק של בכור לאב מרפא ולא של בכור לאם.**
(והי"ה אם מת הבכור והזכיר עליו בהספדו: אוי על בני בכורי) (מהרי"ק):

## סעיף יד

## עדות אילם על בנו

לשון הגמרא בגיטין עא.

תנינא: נשתתק, ואמרו לו נכתוב גט לאשתך והרכין בראשו, בודקין אותו שלשה פעמים, אם אמר על לאו לאו ועל הן הן - הרי אלו יכתבו ויתנו!

....כשם שבודקין אותו לגיטין, כך בודקין אותו למשאות ולמתנות, ולעדיות ולירושות.

והא קתני ירושות! אמר רבי אבהו: ירושת בנו הבכור.

**מבואר בברייתא על פי ביאור הגמרא,** שיכול אב אילם להעיד על בנו על ידי סימנים לעניין ירושת הבכורה.
**וביאר רש"י** (ד"ה 'אמר ר' אבהו') שהעדות היא להשוות את הבכור כאחד מבניו.
**אמנם תוספות כתבו**(ד"ה 'ירושת בנו הבכור')**שאין הדבר נראה לר"י , על כן ביארו** שמדובר כשאומר על בן בין הבנים שהוא הבכור.
**כדברי התוספות ביאר הרמב"ם**(נחלות ב, טו; ד, א )**ובעקבותו השו"ע.**
לשון השו"ע:

**האב שנשתתק, בודקין אותו כדרך שבודקין לגיטין, אם רמז או כתב שזה בנו בכורו, נוטל פי שנים:**

## סעיף טו

לשון המשנה בב"ב קטז:

בנות צלפחד נטלו ג' חלקים בנחלה: חלק אביהן שהיה עם יוצאי מצרים, וחלקו עם אחיו בנכסי חפר, ושהיה בכור נוטל שני חלקים.

**מבואר במשנה** שהיות והיורשים הם ממשיכים ירושת אביהם, אז במידה ומת אחד היורשים והותיר רק בנות, בנותיו יורשות את ירושת אביהם, והם יקבלו את חלק הבכורה של הסב.
**הרמב"ם** (נחלות ב, ז) **כתב** שהוא הדין בבני האחין ובבני אחי האב ובכל היורשים, אם היה אבי אחד מהאחין בכור נוטל חלק הבכורה שלו זה היורש מחמתו.
**וכתב הטור:** 'ואיני מבין דבריו דלא שייך בכורה אלא בבן היורש את אביו ולא בשאר היורשים'.
**הב"י כתב בתחילה ש'היה עולה על הדעת לפרש דברי הרמב"ם'**שבמידה והאחים יורשים, אז האח הבכור יטול פי שנים, משום שהאחים יורשים את אחיהם גרך האב, ויוצא שזו בעצם ירושת האב שבה שייך חלק בכורה, 'ועל דרך זה בבני אחי האב'.

**אך כתב הב"י שלא ניתן לפרש כן**, משום שאף אם נסתכל על הירושה של האחים כירושת האב, לא היה לבכור ליטול חלק בכורה משום שבמות אביהם, ירושה זו הייתה בבחינת 'ראוי' והבכור לא מקבל חלק בכורה ב'ראוי'.
**אך כתב הב"י שעדיין היה ניתן לומר** שמדובר כשהאבא היה חי כשמת אותו האח.
**וכתב הב"י שאכן כך פירש המגיד משנה את דברי הרמב"ם אלא שהיה קשה לו** שאין בזה כלל חידוש, שהרי מדובר פה בירושה רגילה שיורשים את האב, וסיים המגיד משנה: 'ואולי רצה רבינו לבאר הדין בכל צדדיו ועוד צריך לי לשונו עיון.
**עוד הביא הב"י מדברי המרשים שכתב:**'אולי נתכוין הר"מ לומר דאין אבי היורש דודו וכן בן האח האב יורש הבן דודו כגון שמעון בן יעקב היורש את אליפז בן עשו אפילו מתו בחיי האב והיה בכור זה היורשו יורשו ולשון בכור אגב שיטפא נקטיה והכוונה האמיתית לירושה עכ"ל ואינו מחוור.
**ובאבן האזל ביאר** שהרמב"ם דיבר במציאות שמת האח המוריש בחיי האב, ומת האב קדם שפסקו בי"ד שירש את בנו, והחידוש הוא שאע"פ שלא פסקו בי"ד שזכה האב בירושת האח, אין זה נקרא כ'ראוי', ובכור האב נוטל בזה כמוחזק.
**ובמרכבת המשנה ביאר**אף הוא שמדובר שהאב ירש את הבן המוריש בחייו, וביאר המרכבת שמדובר שהאח הבכור (בנו של האב) נפטר קודם אחיו, ואעפ"כ יורשיו יקבלו חלק בבכורה ואין זה מוגדר כ'ראוי' משום שלענין זה יורש הבכור מן הקבל להנחיל לבניו את חלק הבכורה, עי"ש.
לשון השו"ע:

**מי שהיו לו שני בנים, בכור ופשוט, ומתו שניהם בחייו והניחו בנים, הבכור הניח בת והפשוט הניח בן, הרי הבן הפשוט יורש בנכסי הזקן שליש חלק אביו, ובת הבכור יורשת שני שלישים, שהוא חלק אביה:**

# סימן רעח

## אין הבכור נוטל פי שנים לא במלוה ולא בשבח, ואם מכר חלק בכורה ובו י סעיפים:

## סעיף א

**האם יש בכורה מנכסי האם?**

לשון המשנה בבכורות נא:

הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב, ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם

ובגמרא בדף נב.

מ"ט? אמר קרא: ולו משפט הבכורה - משפט הבכורה לאיש ואין משפט הבכורה לאשה.

על פי זה פסק השו"ע:

**אין הבכור נוטל פי שנים אלא בנכסי האב, אבל לא בנכסי האם; אפילו אם הוא בכור לאב ולאם, חולקים בנכסיה, הוא והפשוט, בשוה.**

## סעיף ב

**אשה שלא הספיקה להשבע ליורשים שלא נפרעה מכתובתה ומתה, אם הנכסים המשועבדים לכתובה נחשבים כנכסי האם או האב לענין בכורה?**

לשון השו"ע:

**מי שמת והניח בנים ואלמנה, ומתה האלמנה קודם שנשבעה על כתובתה, כל הנכסים בחזקת היורשים, ונוטל בהם הבכור פי שנים.**

כך כתב הרא"ש בתשובה (כלל נ סימן יא).

## סעיף ג

**האם שייך חלק בכורה ב'ראוי' ומה מוגדר כ'ראוי'?**

לשון המשנה בבכורות נא:

הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב, ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם, ואינו נוטל בשבח, ולא בראוי כבמוחזק.

ובגמרא בדף נב.

ושהיה בכור נוטל שני חלקים ואינו נוטל בשבח דכתיב - "בכל אשר ימצא לו". ולא בראוי כבמוחזק דכתיב: "בכל אשר ימצא לו".

**מבואר מכאן** שבכור אינו נוטל חלק בכורה בנכסים שאינם ביד אביו, אלא 'ראוים להגיע אליו', וכן לא בשבח הנכסים.

**האם נכדי הבכור נוטלים חלק בכורה בנכסי הסבא?**

מכול מקום בענין זה שאינו נוטל בחלק הראוי מצינו הגבלה, וכך נאמר במשנה ובגמרא בב"ב קטז-:

**מתני'.** בנות צלפחד נטלו ג' חלקים בנחלה: חלק אביהן שהיה עם יוצאי מצרים, וחלקו עם אחיו בנכסי חפר,

**מבואר במשנה** שבנות צלפחד זכו בירושת אבי אביהם ונטלו חלק בכורה, וזאת על אף שאביהם לא זכה בחייו בירושת אביו, וירושה זו הייתה רק 'ראויה' לבוא אליו.

**הרשב"ם הביא את דברי הירושלמי** שהביא לימוד לכך שלעניין ירושת האב, יש להתייחס לשעה שבא האב יורש כאילו הוא חי, על אף שכבר נפטר וכך נאמר בירושלמי(ב"ב ח, ג):

**ריש לקיש בשם אבא בר זלייה** נאמר משפט לעניין כפילה ונאמר משפט לעניין פשוטה מה לעניין פשוטה את רואה את הבן כילו קיים ליטול פשיטות אביו אף לעניין כפילה את רואה את הבן כילו קיים ליטול כפילת אביו:

**וכתבו הרשב"א** (ב"ב קטז: ד"ה 'ודע')**והריטב"א** (ב"ב קטז: ד"ה 'ושמעינן מינה') שאף אם קנה האב נכסים לאחר מות בנו הבכור, ולאחר מכן מת, יורשי בנו הבכור נוטלים חלק בכורה אף מנכסים אלו.

**וסיכם זאת הריטב"א**(וכן נמצא ביטויים דומים בשאר ראשונים):

ושמעינן מינה דהא דאמרינן אין הבכור נוטל בראוי היינו כשהוא ראוי למוריש אבל אם הוא מוחזק למוריש אף על פי שהוא ראוי ליורש יש לו חלק בכורה.

**הסמ"ע (ב) נימק** שהסיבה שבני הבכור נוטלים חלק בכורה בסב, הוא משום שבן נחשב כ'כרעא דאבוה'.

**וכתב הפת"ש (ב) בשם הדגול מרבבה** שחזקות הנהוגים במדינת פולין, נחשבים כ'ראוי' לשון השו"ע:

**אין הבכור נוטל פי שנים בנכסים הראויים לבא לאחר מיתת אביו, אלא בנכסים המוחזקים לאביו שבאו לרשותו, שנאמר: "בכל אשר ימצא לו"**(דברים כא, יז). **כיצד? אחד ממורישי אביו שמת לאחר מיתת אביו, הבכור והפשוט יורשים כאחד. וכן אם היתה לאביו מלוה, יורשים אותה כאחד:**

## סעיפים ד, ו

### האם בכור נוטל חלק בכורה בשבח ומתי?

**בסעיף ג הבאנו את דברי המשנה בבכורות נא:** שקובעת שבכור אינו מקבל חלק בכורה מן השבח שבנכסי האב.

**הגמרא בב"ב קכג:-קכו. מאריכה הרבה בדין זה** ובתחילת דבריה מבואר שנחלקו התנאים האם בכור נוטל חלק בשבח מלבד השבח שהשביחו היתומים או שאינו נוטל כלל, וזה לשון הגמרא:

**תנו רבנן:** הבכור נוטל פי שנים בזרוע ובלחיים ובקיבה, ובמוקדשין, ובשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן.

כיצד? הניח להן אביהן פרה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים, או שהיתה רועה באפר, וילדה - בכור נוטל פי שנים,

אבל בנו בתים ונטעו כרמים - אין בכור נוטל פי שנים....

הניח להן אביהן פרה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים, או שהיתה רועה באפר, וילדה - בכור נוטל בה פי שנים.

השתא מוחכרת ומושכרת, דלאו ברשותא דמרה דידהו קיימא - אמרת: שקיל, רועה באפר מיבעיא?

הא קא משמע לן, דמוחכרת ומושכרת דומיא דרועה באפר, מה רועה באפר - שבחא דממילא קא אתי ולא קא חסרי בה מזונא,אף מוחכרת ומושכרת - שבחא דממילא קא אתי, דלא חסרי בה מזוני.

**הגמרא מביאה ברייתא** שאומרת שהבכור נוטל חלק בכורה אף בשבח שהשביחו הנכסים לאחר מות האב.

**מבארת הגמ'** שדין זה נכון בין במציאות שהבהמה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים, ובין במציאות שהיא רועה באפר (שדה של עשב למרעה) ומבואר בגמ' שכוונת הברייתא לומר שכשם שכאשר היא רועה באפר, אנו מחשיבים את השבח שהיא משביחה כשבח שנוצר מאליו, כך יש להתייחס לשבח שנוצר כשהיא ביד אחרים, הואיל ולא היו היתומים אלו שהשביחו אותה (רשב"ם).

**ברייתא זו סותרת לכאורה לדברי המשנה בבכורות** (נא:) הקובעת שבכור אינו מקבל חלק בכורה בשבח, ואכן הגמרא נדרשת לשאלה מיהו התנא ששנה ברייתא זו וכך לשון הגמ':

**מני? רבי היא; דתניא:** אין בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן;

**רבי אומר, אומר אני:** בכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן,אבל לא בשבח שהשביחו יתומים לאחר מיתת אביהן.

ירשו שטר חוב - בכור נוטל פי שנים, יצא עליהן שטר חוב - בכור נותן פי שנים, ואם אמר: איני נותן ואיני נוטל - רשאי.

**כלומר**, ר' יהודה חולק על חכמים וסובר שבכור נוטל חלק אף בשבח שבא לאחר מות אביהם, אך מגביל זאת למציאות שהשבח לא נוצר מחמת היתומים (דין הלוואה יתבאר לקמן, ולא השמטתי בכדי להביא את הגמ' במלואה).

### במה נחלקו ר' יהודה וחכמים- אם יכול לירש שבח, או אם מה שהשביח, ברשותו השביח?

**הגמרא מבארת במה נחלקו ר' יהודה וחכמים, וזה לשונה:**

**מאי טעמייהו דרבנן?** אמר קרא: "לתת לו פי שנים", מתנה קרייה רחמנא, מה מתנה עד דמטיא לידיה, אף חלק בכורה עד דמטיא לידיה.

**ורבי אומר,** אמר קרא: "פי שנים", מקיש חלק בכורה לחלק פשוט, מה חלק פשוט אף על גב דלא מטא לידיה, אף חלק בכורה אף על גב דלא מטא לידיה.

**ורבנן ומי הכתיב**: "פי שניס!"

ההוא, למיתבא ליה אחד מצרא.

**ורבי ומי הכתיב**: ל"תת לו"! ההוא, שאם אמר: איני נוטל ואיני נותן - רשאי.

חכמים לומדים מן המילים 'לתת לו' שדין בכורה משווה למתנה בזה שאינו זוכה בו עד שמגיע לידו (לקמן נבאר אם הכוונה לידי הנותן או לידי המקבל), ואילו ר' יהודה לומר מן המילים 'פי שנים' שיש להשוות חלק בכורה לחלק ירושה רגיל וכשם שבחלק ירושה רגיל אין חילוק בין מציאות שהגיע לידו שמציאות שלא הגיע לידו, כך הדין לעניין בכורה.

**הרשב"ם** (קכד. ד"ה 'עד דמטיא') **ביאר** שכוונת חכמים היא, שכל חלק שלא הגיע לידי האב, אינו יכול להכלל בכלל חלק הבכורה, ולכן כל שבח שנוצר לאחר מותו אינו שייך בזה. **כדברי הרשב"ם פירשו רבינו גרשום והר"י מיגאש ורבינו יונה.**

**אמנם הר"ן**(ב"ב קכו. ד"ה 'אמר רב הונא') **והריטב"א** (ב"ב קכד.ד"ה 'מה מתנה') **ביארו** שכוונת חכמים היא שכל עוד לא הגיע חלק הבכורה לידי המקבל, לא זכה בו, ולכן אינו יכול לטעון שחלקו הוא זה שהשביח.(נראה שאף התוספות והרא"ש כיוונו לפירוש זה, שהקשו כיצד נפסק להלכה שיש לבכור חלק בכורה קודם חלוקה בעוד פסקנו כחכמים שאין לו שבח, משום שעוד לא הגיע לידו, ומשמע שהבינו כפירושם של הר"ן והריטב"א, ודוק ף וכן עולה מדברי הפסקי ר"יד ע"ש)

**כלומר**, נחלקו הראשונים האם מחלוקת ר' יהודה וחכמים סובבת סביב השאלה אם ניתן לרשת 'שבח' (רשב"ם ודעימיה')או אם השבח כבר נחשב ברשות בכור, וברשותו השביח (ר"ן ודעימיה)[127].

## האם יש שבח שאף לדעת חכמים שייך בו חלק בכורה?

**הגמרא ממשיכה ומביאה את דברי רב פפא וזה לשון הגמרא:**

**א"ר פפא**: דיקלא ואלים, ארעא ואסיק שירטון - דכ"ע לא פליגי דשקיל, כי פליגי - בחפורה והוה שובלי, שלופפי והוו תמרי,

**דמר סבר**: שבחא דממילא.

**ומר סבר**, אישתני.

**כלומר מחדש רב הונא,** שאף חכמים מודים שיש שבח מסויים בו שייך חלק בכורה כגון בדקל קטן שנתעבה או בקרקע שנזדבלה מעצמה והשתבחה, וכל מחלוקתם של חכמים עם ר' יהודה זה בסוג שבח כזה המשנה את מה שהיה, כגון שחת שנעשה שיבולים או כפניות שנעשו תמרים.

## כמי נפסק להלכה?

**הגמרא מאריכה לדון כמי נפסק להלכה**(אם כר' יהודה שבכור מקל חלק בכורה בשבח שנוצר מאליו, או כחכמים שאינו נוטל חלק בכורה אף בשבח זה), וזה לשון הגמרא :

**אמר רבה בר חנא אמר ר' חייא**: עשה כדברי רבי - עשה, כדברי חכמים – עשה.

**מספקא ליה**: אי הלכה כרבי מחבירו ולא מחביריו, או הלכה כרבי מחבירו ואפילו מחביריו.

**אמר רב נחמן אמר רב**: אסור לעשות כדברי רבי, קא סבר: הלכה כרבי מחבירו ולא מחביריו; **ורב נחמן דידיה אמר**: מותר לעשות כדברי רבי, קא סבר: הלכה כרבי מחבירו ואפילו מחביריו. **אמר רבא**: אסור לעשות כדברי רבי, ואם עשה - עשוי, קא סבר: מטין איתמר.

הגמרא מביאה אפשרויות רבות בעניין הפסק להלכה :

א. דין זה נותר בספק, ולכן כל פסק מתקבל כלגיטימי.

ב. אסור לעשות כרבי.

ג. מותר לעשות כרבי

---

[127] דיון זה לכאורה גם קשור ליחס בין הלימוד 'לתת לו', ללימוד שמופיע בבכורות נב. וכן בהמשך הגמרא, שמהמילים 'ימצא לו' נלמד שבכוור אינו נוטל בשבח, וזה לשון הגמרא (מופיעה לאחר הדיון כמי נפסק להלכה) :

תני רב נחמן בשאר ספרי דבי רב : "בכל אשר ימצא לו" - פרט לשבח שהשביחו יורשין לאחר מיתת אביהן, אבל שבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן שקיל,

ומני? רבי היא.

תני רמי בר חמא בשאר ספרי דבי רב : "בכל אשר ימצא לו"- פרט לשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן, וכל שכן שבח שהשביחו יורשין לאחר מיתת אביהן דלא שקיל,

ומני? רבנן היא.

רק נציין למראי מקומות העוסקים ביחס בין 2 הלימודים : תוס' קכו : ד"ה 'והלכתא, רא"ש ב"ב ח, יד, ר"ן קכו. לקראת סוף ד"ה אמר רב הונא, רבינו יונה קכד. ד"ה 'אמר רב הונא', יד רמ"ה ב"ב קכו. אות צד, מהרי"ט אלגאזי הלכות בכורות אות פג.

ד. אסור לעשות כרבי, אבל העושה כמותו, דינו דין.
**למעשה,רוב הפוסקים הכריעו כדעת חכמים** שבכור אינו נוטל חלק בכורה בשחת שנעשתה שיבולת ובכפניות שנעשו שמרים.
**הר"ן** (חידושים קכד: ד"ה 'לענין הלכה') **הביא שהר"ח סבר** שמכול מקום אם פסק דיין כרבי, שהבכור נוטל בשבח, מה שעשה עשוי.
**אמנם הסיק הר"ן שמסתימת הרמב"ם** (נחלות ג, ד)נראה שאף בדיעבד לא מועיל לפסוק כרבי, וסיים הר"ן: 'ולפיכך נראה לי דברי הרמב"ם ז"ל עיקר אף על פי שגדולי האחרונים כתבו בהיפך' **השו"ע**(סעיפים ד, ו)**סתם כלשון הרמב"ם.**

[**יש לציין שהרי"ף הביא שיטה הסוברת** [ומופיעה בתוס' רי"ד ב"ב קכו: בשם רבינו נחשון] שהלכה כרבי שבכור נוטל בשבח והביא ראיה מכך שנפסק שיש לבכור חלק בבכורה אף קודם חלוקה, וזה דומה לכאורה לסברת רבי שדין בכורה כדין ירושה שבאה ממילא, ולקמן בסעיף ח נתייחס בע"ה בביאור הראשונים כיצד סתרו דבריו]

## שבח בהמה מוחכרת או שרועה באפר

**כפי שהבאנו לעיל, נפסק להלכה כחכמים** שבכור אינו יורש בשבח שנוצר לאחר מות האב למעט דקל שנתעבה וקרקע שנזדבלה מאליה.
**לפי זה היה נראה** שהבכור אינו נוטל חלק בשבח בהמה מוחכרת או רועה באפר, כמבואר בגמ' שרק לפי ר' יהודה- הבכור נוטל חלק בשבח זה.
**אמנם הרמב"ם**(נחלות ג, ב)**פסק** שהבכור נוטל חלק בשבח של פרה מוחכרת ורועה באפר.
**הראב"ד אכן השיג על הרמב"ם וכתב** שדין זה נכון דווקא לדעת רבי ואינו להלכה.
**המגיד משנה כתב לתרץ** שהגמרא הניחה שברייתה זו הינה כדעת רבי, קודם שנאמר חילוקו של רב פפא שאף חכמים מודים שבכור נוטל חלק בכורה בשבח של דקל שנתעבה או קרקע שנזדבלה מאליה, אך לאחר דברי רב פפא התברר שחכמים יודו גם שבכור נוטל חלק בכורה בשבח בהמה מוחכרת ורועה באגם, שבזה לא נשתנה צורתה בשונה משחת שנעשה שיבולת וכדו'.
**המגיד משנה ציין שמכול מקום יש קושי בביאור זה**, שהרי הרמב"ם פוסק שהבכור נוטל חלק אף בולד שנולד לבהמה זו לאחר מות האב, ומהתבוננות ראשונית נראה שזה שבח חדש ודומה לשחת שנעשה שיבולת.
**וכתב המגיד משנה שצריך לומר** שהיות ועובר נחשב כ'ירך עמו', אין זה שבח חדש, ואין זה נחשב כשינוי, ונשאר בזה בצ"ע, אך סיים: 'ומ"מ כונת רבינו כך היא כמו שכתבתי.'
**הקצות (ג) מציין שבעצם רואים מהמחלוקת בין הראב"ד לרמב"ם שנחלקו בנקודה שהעלה המגיד משנה-** האם ולד היוצא מאמו נחשב כשינוי או לא, וכבר נחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד בהלכות גניבה (א, יא) האם לידה היא שינוי לענין שהגנב יקנה את הולדות.
**הקצות הביא ראיה לשיטת הרמב"ם מהגמרא בע"ז**(מו:-מז.)**שם דנה הגמרא** האם קמח שנעשה בחיטה שהשתחוו אליה נפסל למנחות על אף שכבר נשתנה משום ש'אין שינוי לנעבד', או שמא אינו נפסל למנחות משום ש'שיש שינוי לנעבד'. רצה מר זוטרא להביא ראיה לדין זה מברייתא הקובעת שכל האסורים למזבח- ולדותיהם מותרים (וזאת בניגוד לר' אלעזר שאוסר).
**לפי הלשון הראשונה בגמרא** רצה מר זוטרא להוכיח מכאן ש'יש שינוי לנעבד'ואף חיטה שהשתחוו לה כשרה למנחות, ודחתה זאת הגמרא שכבר אמר רב נחמן שבמידה והתעברה הבהמה ואח"כ נרבעה, פשוט לכל הדיעות שהולד נאסר, וזה דומה למציאות שהחיטה היתה בשעה שהשתחוו אליו.
**אמנם לפי הלשון השניה** רצה מר זוטרא להוכיח מדברי רב נחמן הנ"ל ש'אין שינוי לנעבד' ושאותהחיטה נאסרה, ודחתה הגמרא שדווקא בולדות יש לאסור כאשר כבר הייתה הבהמה מעוברת בשעה שנרבעה, משום שהולדות כבר היו בצורתם הנוכחית, ורק דלתות רחם הבהמה מנעו מהם לצאת ('התם מעיקרא בהמה והשתא בהמה- דשא הוא דאחידא באפה') אך במציאות של חיטה שהשתחוו אליה ונעשהת מנחה, כבר שינה צורתה של החיטה לגמרי ('הכא מעיקרא חיטין והשתא קמחא'), ובזה יש לומר ש'יש שינוי לנעבד' והמנחות לא נאסרו.
**וממסקנת הלשון השניהעולה** שולד בהמה אינו נחשב כשינוי אלא כקיים כבר מהרגע הראשון, ומכאן ראיה לשיטת הרמב"ם שאין להחשיב את ולד הבהמה כשבח שלא שייך בבכורה, אלא כדקל שנתעבה שכבר היה קיים ברגע הראשון.
**מלבד הראיה שהביא הקצות מהגמרא בע"ז, יצא לקצות חידוש דין** והוא, שאף הרמב"ם יודה שהבכור נוטל חלק בבכורה בולדות רק במידה והבהמה הייתה כבר מעוברת בשעת מיתת האב, אך אם עוד לא הייתה מעוברת זה ודאי מוגדר כשינוי ולא שייך לומר כאן שהולדות כבר קיימים ורק דלתות הרחם מונעים מהם לצאת, **וכתב הקצות שדין זה הינו דין ברור**[128].

[128] יש לציין שאכן המ"מ בהלכות גניבה [א, יא) ביאר כן ברמב"ם שרק כשנתעברה קודם, לא זכה הגנב בולדות, אך דבריו נסתרים לכאורה מדברי הרמב"ם בגזילה [ב, ז] שכתב במפורש שאף כשנתעברה אצל הגזלן, לא זכה הגזלן בולדות קודם יאוש, וכבר העיר על כך הש"ך בסימן שנד ס"ק ב, אלא שיש לעיין האם יש להקיש מדין גניבה לדיננו, או שמא במקרה שלנו יותר מסתבר לומר שכאשר לא היה כלל ולד, לא שייך בזה ירושה (כן שמעתי מר 'מבורך טוויטו, ועוד חזון למועד.

**להלכה:**
**הטור** כתב שאביו הרא"ש כתב שהעיקר כדעת הראב"ד שבכור אינו נוטל חלק בכורה בולדות שנולדו לאחר מות אביו.
**השו"ע סתם כדעת הרמב"ם** שבכור נוטל חלק בכורה בולדות.
**והרמ"א הביא את דעת הראב"ד** בלשון 'יש חולקים'.
**הפת"ש (ג) הביא שהשער משפט (א) הסתפק כיצד להכריע להלכה למעשה**, ואלו צדדי הספק:
**מחד,** נראה שהיות ודין זה נותר במחלוקת, זהו ספק, וכבר נפסק בסימן רעז סעיף יא ע"פ הגמרא בב"ק קכז. שבכור אינו נוטל חלק בכורתו במצב מסופק.
**מאידך**, ניתן לומר שכאן הדין נוטה לומר שיחלוקו, הואיל ואין ספק לגבי זה שהוא בכור, וכל השאלה הוא האם אף זה נכלל בחלק הבכורה.
**למעשה נותר השער משפט בצריך עיון.**

## האם בכור נוטל חלק בכורה מרווחים שנוצרו לאחר מות אביו? (כגון דמי שכירות הבהמה וכיו"ב)

הבאנו לעיל את דברי הברייתא בעניין בהמה מוחכרת ומושכרת, ונחזור על לשונה כאן:

הבכור נוטל פי שנים ...ובשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביהן.

כיצד?

הניח להן אביהן פרה מוחכרת ומושכרת ביד אחרים, או שהיתה רועה באפר, וילדה - בכור נוטל פי שנים,

**ניתן לפרש את דברי הברייתא ב2 באופנים:**

א. הבכור נוטל **בשבח השכירות**של בהמה מוחכרת ומושכרת, וכן נוטל מן **הולד** של בהמה שרועה באפר במידה וילדה.
ב. הבכור נוטל ב**שבח ולד** של בהמה מוחכרת ומושכרת או ב**שבח ולד** של בהמה שרועה באפר.

**מדברי הרשב"ם**(קכד. ד"ה 'אף מושכרת') עולה שהבין כפירוש הראשון- שהבכור נוטל אף בריווח החכירה והשכירות, (משום שכתב שהריוח נוצר על ידי שבני אדם חורשים בה ועובדים בה).
**וכן עולה מדברי תוספות**(ב"ב קכג: ד"ה 'היתה מוחכרת') **שהקשו** מדוע חכמים חולקים על דין זה, והלא בגמ' בב"ב יג. נפסק כדבר פשוט שבכור ופשוט שהניח להם אביהם עבד או בהמה טמאה, עובד לזה יום אחד ולזה שני ימים, ומשמע שיש לבכור חלק אף בעבודה של בהמה זו, ותירצו שבאמת הרשות בידו לומר שחייבים לחלוק עמו כעת, ובמדהולא ירצו לחלוק- יצטרכו לתת לו מחלק השכירות.**וכן הבין ההגהות אשרי**(ב"ב ח, יא)
**אמנם העירו הסמ"ע והקצות שהרמב"ם מוכרח לפרש כפירוש השני**, שכל הדיון כאן עוסק רק בשבח הולד ולא בשכירות הבהמה, משום שהרמב"ם סובר שדין זה נכון אף לשיטת חכמים, ואין סברא לומר שלדעת חכמים יטול הבכור בדמי השכירות והחכירות, שאין זה שונה ממלוה שיתבאר לקמן שפסק הרמב"ם, שבכור אינו נוטל בו.(יש לציין שכך גם מדויק מלשון הרמב"ם שכתב 'הניח להם פרה מושכרת או מוחכרת או שהיתה רועה באפר וילדה הבכור נוטל בה ובולדה פי שנים', ומשמע ש'ולדה' מוסב על 2 המציאויות, ואמנם היה מקום לדייק ממה שכתב 'בה' שהכוונה לשבח השכירות, אלא שאין נראה שהרי לשון זה מוסב גם על רועה ב'אפר' ועל כרחך שכוונתו לשבח בגוף הבהמה ממש כגון שנתפטמה וכפי שביאר הסמ"ע[129], ודוק).
**אמנם הלחם משנה הבין שאף הרמב"ם פירש כשאר הראשונים** שנוטל הבכור חלק בכורה אף מדמי השכירות והיה קשה לו מדוע לעניין גדר עני אנו אומרים שדמי שכירות אינם נחשבים כשלו כמבואר בערכין יח.(שם מדובר במי שהיה לו ספינה בים), ולענין בכור אנו אומרים שנחשב כמוחזק ונוטל ותירץ קושיא זו בב' אופנים:

א. דברי הגמרא נאמרו לדיעה ששכירות משתלמת רק לבסוף ואילו להלכה אנו פוסקים שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף' ויוצא שכסף השכירות אינו נחשב כראוי אלא כמוחזק.
ב. הואיל והושכרה בימי אביהם, יש להחשיב את דמי השכירות כמוחזקים, אלא שלעניין עני אין זה מועיל, משום ששוף כל סוף הכסף אינו בידו.

**הקצות (ב) כתב שדברי הלחם משנה**(בתירוצו הראשון **אינם מובנים**, מפני שאף אם נאמר שיש לשכירות מתחילה ועד סוף, מכול מקום זו הלוואה, והרמב"ם פסק שבכור אינו נוטל בהלוואה.
**הנתיבות (א) כתב שלהלכה צודק הקצות**, שהבכור אינו נוטל חלק בהלוואה, אך לא מטעמו של הקצות, **וביאר הנתיבות** שאין כאן מקום לדון אם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, או לדמות

[129] ועיין בקצות שדחה את האפשרות לבאר שכוונת המילה 'בה' הוא שגובה ממנה עצמה, ושלא נאמר שהיא מוגדרת 'כראויה' משום שהיא ביד אחרים, וביאר שאין לומר כן משום שלשון הגמרא- מה רועה באפר - שבחא דממילא קא אתי ולא קא חסרי בה מזונא, אף מוחכרת ומושכרת - שבחא דממילא קא אתי, דלא חסרי בה מזוני- אינו מתיישב לפי ביאור זה.

שכירות להלוואה, משום שכאן מדובר בשכירות שמגיעה לאחר מות האב, וזה ודאי שבח שהשביח לאחר מות אביהם, והדיון כאן האם זהו שבח הדומה לאילן ונתעבה, או לשחת שנעשה שיבולת.
**וכתב הנתיבות** שבכדי לעמוד על נקודה זו, יש לבאר מדוע באמת יש הבדל בין 2 סוגי השבח הללו, הואיל ובמבט ראשוני אין זה מובן, משום שאם אנו סוברים שהנכסים כבר שייכים ליורש, אז יש לו ליטול בכל שבח שיבוא, ואם הם עדיין אינם שייכים לו, מדוע הוא נוטל בשבח שאינו משנה את החפץ (כגון אילן ונתעבה).
**וביאר הנתיבות לאור דברי הר"ן**(ב"ב קכו.) שיובא לקמן[130]שיש להתייחס לירושה כמתנה הניתנת 'מעכשיו(בשעת מיתה) ולאחר שיגיע לידו', ויש לדמות זאת למתנה מהיום ולאחר מיתה שבזה מבואר בסימן רנז (סעיף ב) שהפירות שהיו בשעת המיתה שייכים לנותן והגוף שייך למקבל למפרע משעה ראשונה, והוא הדין במקרה של ירושה, ולכן כל שבח שהוא בגוף הדבר כגון התעבות האילן שייך למקבל משום שהוא זוכה בו משעה ראשונה של הירושה וכל שאינו בגוף הדבר, שייך לנותן, ולכן דמי השכירות שאינם בגוף הדבר- שיכים לנותן.
**על פי זה כתב הנתיבות שצריך לומר שכל מה שנחלקו הראב"ד והרמב"ם**(הובא לעיל)אם דין הברייתא בעניין פרה שהוחכרה שייך לדעת חכמים, זה רק לגבי הולדות, אך פשוט שאף הראב"ד מודה ששבח של גוף הפרה שייך בו חלק בכורה.
**אך הנתיבות ציין שהטור כתב במפורש** שאף בשבח שבגוף הפרה לא שייך חלק בכורה.
**וכתב הנתיבות שצריך לומר שהטור סובר** שרק שבח שודאי יקרה שייך בו חלק בכורה, כגון אילן שוודאי יתעבה, אבל שבח של גוף הבהמה, שלא ודאי שתתפטם, אינו יכול ליטול משום שזה מוגדר כראוי.
**עוד כתב הנתיבות** שיתכן שהחילוק הוא שבשבח הפרה היתומים שייכים בו קצת משום שהם טורחים להביאה לאפר, או למוסרה לאילן, מה שאין כן באילן ונתעבה.

## כיצד מתחלקים בשבח שלא שייך בו חלק בכורה?

לשון הגמרא בב"ק צה: (וכן הוא במ"מ קי:)

...**ראמר רב נחמן אמר שמואל:** שלשה שמין להן השבח ומעלין אותן בדמים,

ואלו הן: בכור לפשוט, ובעל חוב ללוקח, ובעל חוב ליתומים.

**וביאר רש"י**(ד"ה 'בכור לפשוט') שהכוונה היא שלמרות שבכור אינו נוטל חלק בשבח, צורת החלוקה היא שבתחילה הוא מקבל פי שנים מכל הנכסים כולל השבח, ואח"כ הוא מחזיר את שווי השבח לשאר היתומים.
**הרמב"ם**(נחלות ג, ד)**והשו"ע** (סעיף ו) **פסקו בזה הלשון**: 'אין הבכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביו, אלא מעלה אותו השבח בדמים ונותן היתר לפשוט'.
**בפשטות,** כוונתם לדברי הגמרא וכפירושו של רש"י.
**אך הסמ"ע (י) ביאר** שכוונתם שהבכור אינו נוטל בשבח פי שנים אלא כפשוט, ואת החלק השני חולקים בינהם.
**הש"ך (ג) כתב** שפשוט שכוונת השו"ע היא שהבכור נוטל פי שנים בקרקע ומחזיר דמים, ואין הפשוט יכול לקבל חלק בקרקע מן השבח על אף שזה ניתן לחלוקה, וכתב שהסמ"ע לא דק, ושמא הסמ"ע דיבר במציאות שהבכור מוכן לתת לו קרקע, אך כתב שלא משמע כן מדבריו.

## אמר הבכור לאחיו שלא ישביחו מנכסי אביהם אלא שיחלקו מיד, ולא שמעו לו

לשון הגמרא בב"ב קכו.

**אמר רב הונא אמר רב אסי:** בכור שמיחה - מיחה.

**אמר רבה:** מסתבר טעמיה דרב אסי - בענבים ובצרום, זיתים ומסקום, אבל דרכום לא.

**ורב יוסף אמר:** אפילו דרכום.

דרכום, מעיקרא עינבי השתא חמרא!

**כדאמר רב עוקבא בר חמא:** ליתן לו דמי היזק ענביו, ה"נ נותן לו דמי היזק ענביו.
**רב הונא קובע** שמועילה מחאתו של בכור, אך לא מבואר בדבריו על איזה מחאה מדובר ונחלקו בזה הראשונים:
**הרשב"ם פירש** שמדובר שהבכור מחה באחיו ואמר 'אל תשביחו חלקי אלא נחלוק מיד ואשביח אני שני חלקים שלי ואטול כל שבחן, והן נתייאשו מלחלוק והשביחו הנכסים הרי מיחה בהן ויטול פי שנים'.

[130] תחת הכותרת: **'אמר הבכור לאחיו שלא ישביחו מנכסי אביהם אלא שיחלקו מיד, ולא שמעו לו'**

(הב"י הביא שביאר הר"ן (ב"ב קכו. ד"ה אמר רב הונא) שהסיבה שברגע שמחה, נוטל בשבח, זאת משום שחלק בכורה נקרא מתנה ואינו זוכה בה עד שיתרצה במפורש כדין מתנה שמזכה אדם ע"י אחר ולכן 'כל שבח שהשביחו הנכסים עד שגילה בדעתו שהוא רוצה לזכות בה הרי הוא של אחין אבל מכיון שאמר שהוא רוצה לזכות בה זכה בה ושלו השביח')

**על פי זה ביאר הרשב"ם שנחלקו שרבה** ביאר שהמחאה מועילה דווקא בענבים שבצרום שלא נעשה בהם שינוי, אבל אם דרכו האחים על הענבים כבר קנאום בקנין גזילה בשינוי, ובזה נוטל הבכור כשווי הענבים הבצורים.

**הגמרא מביאה שרב יוסף אמר** שהמחאה מועילה אף במציאות שדרכום, ולמסקנה מבואר שרב יוסף לא חולק על רבה שכבר קנאום בשיוני ונוטל הבכור דמי ענבים בצורים, אלא רב יוסף בא לחדד שאף במידה והוזקו הענבים- מחויבים האחים לשלם לו שווי דמי הענבים, משום שכבר גזלום ומשלמים כשעת גזילה.

**הרשב"ם הביא שבניגוד לפירושו, פירש הר"ח** שהגמרא כאן אינה עוסקת כלל בשבח, אלא בבכור שחלק בשוה עם אחיו בחלק מהנכסים, אם יש בזה ויתור על חלק בכורתו במציאות שמחה, וכן פירש הרמב"ם (נחלות ג, ו) ופירושם יתבאר בע"ה לקמן בסעיף ט.

**הטור הביא בתחילה את פירושו של הרשב"ם ובהמשך את דברי הרמב"ם.**

**השו"ע** השמיט את הדין היוצא מפירושו של הרשב"ם והביא בסעיף ט את דברי הרמב"ם[131].

**הרמ"א בסעיף ו הביא את פירושו של רשב"ם** שמועילה מחאתו של הבכור שיחלקו מיד,צ ואם לא הקשיבו לו והשבחיו, נוטל הבכור חלק בשבח.

**הקצות (ה) הבין שלפי ביאורו של רשב"ם** אין הבכור נוטל מן היין אפילו בחלק הפשוט אלא כדמי ענבים בצורות, שהרי קנו האחים את היין בשינוי.

**אך הביא הקצות שבניגוד לרשב"ם פירש הנמוק"י**(ב"ב נה.)שהסיבה שהבכור אינו נוטל בשבח היין, אינה משום שקנו האחים את היין בגזילה, אלא משום שזהו שבח שנוצר מחמתם והוא השתנה, ולפי זה יוצא שהבכור יטול בחלק הפשוט מן היין.

**הנתיבות (ב) לעומתו ביאר** שאף לפי פירוש הרשב"ם, אין הכוונה שהיתומים קנו את גוף היין, ופשוט שלא לזה כיוונו, וכל כוונתם היתה שיטלו בשבח אף לאחר מחאת הבכור, וגוף היין שייך לבכור, אלא שצריך להעלות להם את דמי השבח, ובזה הועיל השינוי שעשו בענבים, שמכוח 'תקנת השבים, יתחייב לשלם להם את השבח, ודימה זאת לדין המבואר בב"ק צז.שהתוקף ספינתו של חבירו זכה בשכר המלאכה אף שלא כיוון לקנות את גוף הספינה.

## מיחה הבכור שיחלקו מיד ולא שמעו לא ובצרו האת הענבים והתקלקלו

**כתב הטור** שאפילו אם לא עשו שינוי בענבים, כגון שבצרום ונתקלקלו, אין לבכור חלק בהפסד. **והביא הסמ"ע (טז) את דבריו.**

**הנתיבות (ג) נתקשה בזה** שהרי אף גזלן גמור אינו מתחייב לשלם על פירות שהרקיבו במקצת, שאין זה שינוי.

**וכתב הנתיבות** שדוחק לומר שמדובר כאם שהרקיבו לגמרי, וגם לא מסתבר לומר שהבוצרים הם כגזלנים, שהבצירה עצמה היתה ברשות.

**וכתב הנתיבות** שצריך לומר שמדובר שעצם הבצירה יצרה את קלקול הפירות כגון שבצרום קודם זמנם.

## חלוקת פשוט ובכור בעבד ובבהמה טמאה

לשון הגמרא בב"ק יג:

בכור ופשוט שהניח להן אביהן עבד ובהמה טמאה, כיצד עושין? א"ל, שאני אומר: עובד לזה יום אחד ולזה שני ימים...

**וכן פסק הרמ"א בסעיף ד.**

**וכתב הקצות (ד)** שדין זה נכון דווקא במידה והבכור כבר הביע שרצונו בחלוקה, שבזה כבר זכה בחלק בכורתו כמבואר בר"ן שהובא לעיל. אבל אם עדיין לא אמר הבכור שרוצה לחלוק וחכרוה או שכרוה אין הבכור נוטל פי שנים בשכירות ששכרו אחר מות אביהם, משום שזה נחשב כראוי, ולמד כן מתוס' שהבאנו לעיל שהקשה מדוע נוטל חלק בשכירות בהמה ובמה זה שונה מהגמרא הנ"ל, ותירץ ששם מדובר שכבר אמר להם או חלקו או שאטול בשבח.

**עוד כתב הקצות** שגם לגבי ריבית מחוב, אין הבכור נוטל מהעלאת הריבית קודם שהביע שרצונו בחלוקה, עיש בדבריו.

---

[131] כתב ר' דניל ווסטברוק:

**ונראה ממה שהשמיטו הרמב"ם והשו"ע את הדין הזה שסוברים שאיננו נכון, שגם הרמב"ם מסתמא ראה את הפירוש הזה בדברי הר"י מיגש** (א"א- שהביא את פירושו של הרשב"ם וגם את פירושו של ר"ח)**.**

**נראה לומר שהרמב"ם לא קיבל את הפירוש הזה הן מצד לשון הגמרא והן מצד סברא. שלא מצאנו לשון מחאה אלא במקום שאחר לוקח משל המוחה שלא כדין, וכדי להראות שהוא לא מוחל לו ע"ז. ומכיוון שע"כ הגמרא הזאת לא דיברה במחאה על שבח של היתומים, אין מקור לומר שמחאה מועילה ע"ז. ומה שנשאר הוא רק הזכות לתבוע חלוקה, והכללים בזה מפורשים בגמרא בפרק ראשון (וביארנו אותם בסיכומי שכנים בענין 'שותף שרוצה לחלוק'). וגם אין טעם לומר שחלוקה בנכסי האבא היא שונה מחלוקה אחרת.**

לשון השו"ע:

**סעיף ד:**

**הניח להם פרה מושכרת או מוחכרת או שהיתה רועה באפר** (פירוש בעשב השדה, רשב"ם), **וילדה, הבכור נוטל בה ובולדה פי שנים.**

הגה: ויש חולקין (טור בשם אביו הרא"ש).

הניח להן עבד או בהמה טמאה, הבכור נוטל ב' חלקים והפשוט חלק אחד, דהיינו שעובדים לבכור שני ימים ולפשוט יום אחד (מרדכי ר"פ מי שהיה נשוי ופרק קמא דבבא בתרא). וע"ל סימן קע"א ס"ח.

**סעיף ו:**

**אין הבכור נוטל פי שנים בשבח ששבחו נכסים לאחר מיתת אביו, אלא מעלה אותו השבח בדמים ונותן היתר לפשוט. והוא שישתנו הנכסים, כגון כרמל שנעשו שבלים וכפניות** (פי' תמרים בעודן סמדר, רש"י) **שנעשו תמרים. אבל שבחו מחמת עצמן ולא נשתנו, כגון אילן קטן שגדל ועבה, וארץ שעלתה שרטון** (פי' שנתקבץ העפר ודחה אמת המים שבשדה), **הרי זה נוטל בשבח פי שנים. ואם מחמת הוצאות השביח, אינו נוטל.**

הגה: במה דברים אמורים, שלא מיחה בהן, אבל אם מיחה הבכור ואמר: אל תשביחו הנכסים עד שנחלוק, ולא שמעו אליו והשביחו, אם לא עשו בהן שינוי נוטל פי שנים בשבחו.

ואם עשו בהן שינוי, אינו נוטל בשבח ולא בהפסד (טור).

## סעיף ה

**בכור במתנות כהונה**

לשון הברייתא בב"ב קכג:

**תנו רבנן:** הבכור נוטל פי שנים בזרוע ובלחיים ובקיבה, ובמוקדשין....

**האי הזרוע והלחיים והקיבה היכי דמי?** אי דאתי לידי אבוהון, פשיטא! ואי דלא אתי לידי אבוהון, ראוי הוא, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק!

**הכא** במכירי כהונה עסקינן, ודאשתחיט בחיי דאבוהון, וקסבר: מתנות שלא הורמו כמי שהורמו דמו.

מוקדשין - לאו דידיה ניהו!

בקדשים קלים, ואליבא דרבי יוסי הגלילי דאמר: ממון בעלים הוא:

**מבואר מגמרא זו** שבכור נוטל חלק מהזרוע הלחיים והקבע בבהמה שכבר נשחטה ע"י אנשי העיר קרוביו ומכיריו של כהן זה שזיכו בזיכוי גמור במתנות בהמותיהן מיד כשנשחטו קודם שהופרשו מן הבהמה, דבר זה נקרא בלשון הגמרא 'מכירי כהונה'(רשב"ם).

**תוספות**(ב"ב קכג: ד"ה 'הכא במכירי כהונה') **ביארו** שהסיבה ששייך בזה חלק בכורה, על אף שבפועל הכהן לא קיבל חלקים אלו לידו, היא משום שאותם אנשים התחייבו לכהן לתת לו וזוהי מתנה מועטת שאסור לחזור בה, ואף על פי שבפועל ניתן לחזור בה, כל עוד לא חזרו, המקבל נחשב כמוחזק.

לשון השו"ע:

**שחט אחד ממכירי אביו בהמה, ואחר כך מת אביו, נוטל פי שנים במתנות של אותה בהמה:**

**הנשבע לתת לחבירו מתנה, ומת המקבל, אם שייך זה חלק בכורה**

**הקצות (טו)הסתפק** מה הדין במציאות שנשבע אדם לתת מתנה לחבירו ומת המקבל קודם שהגיע המתנה לידו, אם הבכור נוטל בזה חלק בכורה.

**הקצות רצה ללמוד** ששייך בזה חלק בכורה, כשם ששייך חלק בכורה במכירי כהונה, שאף שם המציאות היא שיש התחייבות לתת את הזרוע לכהן, ועוד לא הגיע החלק לידו, ומכול מקום נחשב כמוחזק כפי שביארו תוס' משום שאסור לו לחזור בו, ואף כאן אסור לו לחזור בו משבועתו.

**אך הקשה על כך הקצות מהמבואר בב"ב קכה:** שהאומר נכסי לסבתא ובתי תירש אותה, ומתה הבת קודם הסבתא, לא יכול בעלה של הבת לירש את הסבתא, הואיל ונכסי הסבתא מוגדרים כ'ראוי' ביחס לבת, ואין הבעל יורש ב'ראוי', ולכאורה אף כאן אסור לסבתא למכור נכסיה לאחר,

כמבואר בב"ב קלז. בדין 'אחריך' שאפילו המציא עיצה למכור, נקרא רשע ערום, ומדוע שלא נחשיב את נכסי הסבתא כמוחזקים.
**וכתב הקצות שקושיא זו אינה קשה לרוב הראשונים,** הלא הם: הרי"ף (ב"ב נה.) והרמב"ם (זכיה ומתנה יב, יב)הרשב"ם (ב"ב קכה: ד"ה 'מסתבראי') הרמב"ן (מלחמות ב"ב נד:) והטור(רמח, ב) שסברו שקנין 'אחריך' לא חל משעה ראשונה, ויוצא שהבת הייתה צריכה לזכות לאחר מות הסבתא וכבר לא הייתה בחיים.
**אך מכול מקום גמרא זו קשה על שיטת המאור**(ב"ב נד:) שסבר שקנין אחריך חל משעה ראשונה כקנין 'מעכשיו', ולשיטתו קשה מדוע נכסים אלו מוחשבים כ'ראוים', והרי אסור לסבתא למוכרם.
**והביא הקצות שאכן המהרי"ל** (עו, אות ב)**הוכיח מגמרא זו** שהסיבה ש'מכירי כהונה' מוגדרים כמוחזקים , אינה מכוח האיסור, שהרי במקרה של הסבתא ישנו איסור ואעפ"כ זה מוגדר כ'ראוי', אלא משום שהמ'כירי כהונה' לא ניתן לחזור.
**אך העיר הקצות שלרוב הראשונים אין ראית המהרי"ל ראיה**, משום שלשיטתם 'קנין אחריך' אינו חל מעכשיו[132].
**וכן תמה הקצות על המהרי"ל** במה שכתב שלא ניתן לחזור ב'מכירי כהונה' שזה ממש כנגד תוספות המובא לעיל.
**הקצות דחה את ראיית המהרי"ל מדברי תוספות** (ב"מ ו: ד"ה 'והא הכא') מהם עולה שמועילה תפיסה של הכהן במכירי כהונה, ורצה המהרי"ל להוכיח מכאן שהוא מוחזק ממש. והשיב הקצות שהסיבה שתפיסה מועיל היא משום שהיות והבטיח לתת לו וכבר תפס הכהן, שוב אינו יכול לחזור בו, והוא הדין במתנה מועטת שיכול לחזור בו הנותן, ואסור לו לחזור, ואם הלך המקבל בעצמו ומשך שוב לא תועיל חזרתו שכבר נתן לו רשות לזכות בזה.
**הנתיבות (יא) חלק על הקצות וסבר** שדווקא בעניין מתנות כהונה, נחשב הכהן מוחזק, הואיל ואין לבעלים זכות להשתמש בזה, ואין להם אלא טובת הנאה, ולכן כשהתחייב לתת לכהן מסויים וכבר אסור לו לחזור בו, שוב נתבטלה טובת הנאתו שיכול לתת למי שרוצה, שבמקום איסור לא נתנה לו התורה טובת הנאה, ולכן הכהן מוגדר כמוחזק ממש, אך בשאר התחייבות לתת מתנה מועטת אף שאסור לו לחזור בו, לא תועיל בזה תפיסת המקבל, וכתב שלזה כיוון המהרי"ל.

## סעיף ז

### האם בכור נוטל חלק בכורה במלוה אביו?

**בסעיפים הקודמים התבא רבי נחלקו ר' יהודה וחכמים** (ב"ב קכד.)**,** האם בכור נוטל חלק בכורה בשבח הנוצר מנכסי אביהם לאחר שמת.
**למסקנה הכריעו הפוסקים כחכמים** שבכור אינו נוטל חלק בשבח, אך בסיוגו של רב פפא שמכול מקום נוטל הבכור חלק בכור בשבח שנוצא מאליו, ולא יוצר שום שינוי בחפץ.
**בסעיף זה נדון מהי עמדתם של חכמים ומה נפסק להלכה ביחס לנטילת חלק בכורה בחוב שהיו חייבים לאביהם.**
**דיון זה עולה לראשונה בגמרא בדף קכד.**שם מופיעה הברייתא המציגה את מחלוקת ר' יהודה וחכמים בעניין השבח, ולאחר דברי ר' יהודה ממשיכה הברייתא:

> ירשו שטר חוב - בכור נוטל פי שנים, יצא עליהן שטר חוב - בכור נותן פי שנים, ואם אמר: איני נותן ואיני נוטל - רשאי.

**מבואר בברייתא** שבכור נוטל חלק בכורה במלוה בשטר, אך עדיין לא ברור אם זוהי עמדת ר' יהודה, או שדין זה מוסכם אף לדעת חכמים.
**הגמרא בדף קכד:-קכה: נדרשת לענין זה וזה לשון הגמרא:**

> **אמר רב יהודה אמר שמואל:** אין בכור נוטל פי שנים במלוה.
> למאן?
> אילימא לרבנן, השתא שבחא דאיתיה ברשותיה - אמרי רבנן: לא שקיל, מלוה מבעיא?
> אלא לרבי.
> ואלא הא דתניא: ירשו שטר חוב - בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית,
> מני? לא רבי ולא רבנן!
> לעולם לרבנן, ואצטריך, סלקא דעתך אמינא: מלוה כיון דנקיט שטרא כמאן דגביא דמיא, קא משמע לן.
> **שלחו מתם:** בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית.

[132] עיין בהערות על הקצות (דזימטרובסקי) 31 שהקשה שהלא גם בשבועה לא הוי שלו, וממ"מ לא הוי ראוי כיון שמחוייב ליתן לו, ובמה שתירץ שם.

למאן? אילימא לרבנן, השתא שבחא דאיתיה ברשותיה - אמרי רבנן דלא שקיל, מלוה מבעיא? אלא לרבי.
ולרבי, ברבית לא?
והתניא, רבי אומר: בכור נוטל פי שנים בין במלוה בין ברבית!
לעולם רבנן היא, ומלוה כמאן דגביא דמיא.
**אמר ליה רב אחא בר רב לרבינא, איקלע אמימר לאתרין ודרישׁ:** בכור נוטל פי שנים במלוה אבל לא ברבית.
**א"ל: נהרדעי לטעמייהו, דאמר רבה:** גבו קרקע - יש לו, גבו מעות - אין לו;
**ורב נחמן אמר:** גבו מעות - יש לו, גבו קרקע - אין לו.
**אמר ליה אביי לרבה:** לדידך קשיא, לרב נחמן קשיא;
**לדידך קשיא**,מאי שנא מעות דלא? דלאו הני מעות שבק אבוהון, קרקע נמי לאו הא קרקע שבק אבוהון! ועוד, (הא את הוא דאמרת:) [הא אמר מר]+ מסתבר טעמא דבני מערבא, דאי קדים סבתא וזבנא - זבינה זביני!
**לרב נחמן קשיא**, מאי שנא קרקע דלא? דלאו הא קרקע שבק אבוהון, מעות נמי לאו הני מעות שבק אבוהון! ועוד, הא אמר רב נחמן אמר רבה בר אבוה: יתומים שגבו קרקע בחובת אביהן - בעל חוב חוזר וגובה מהן!
**אמר ליה: לא לדידי קשיא ולא לרב נחמן קשיא**, טעמא דבני מערבא קאמרינן, ולן לא סבירא לן....
**אמר רב פפא**, הלכתא: אין הבעל נוטל בראוי כבמוחזק, ואין הבכור נוטל בראוי כבמוחזק, ואין הבכור נוטל פי שנים במלוה - בין שגבו קרקע בין שגבו מעות,ומלוה שעמו - פלגי.

**הגמרא מעלה אפשרויות שונות** ביחס לעמדת חכמים לירושת הבכור במלוה[133]:
**עולה אפשרות** כי לדעת חכמים הבכור נוטל חלק בכורה בכל מלוה, הואיל ומלווה נחשב כגבוי.
**בהמשך מופיעה עמדת ביניים** שהבכור נוטל חלק בכורה במלוה דווקא אם גבו קרקע בחוב זה, ולא במידה וגבו מעות.
**לבסוף מסיק רב פפא** שבכור אינו נוטל חלק במלווה כלל- בין שגבו קרקע ובין מעות, **וכן פסק השו"ע** (בעניין 'מלוה שעמו' עיין בפסקא הבאה).

## האם הבכור נוטל חלק בכורה בחוב שחייב הוא בעצמו לאביו?

**כי שציינו בפסקא הקודמת נפסק על פי רב פפא** שבכור אינו נוטל בכורה במלווה אביהם.
**אמנם** בעניין 'מלוה שעמו' כלומר חוב שחייב הבכור עצמו לאביו פוסק רב פפא- 'פלגי'.
**הרי"ף** (ב"ב נד.-:) **בפירושו הראשון ביאר** את הביטוי -פלגי-שנותנים לו את כל חלק בכורתו(כלומר שחולקים עמו בירושה ונותנים לו כל חלק בכורה).
**אך רוב הראשונים**(רשב"ם קכו. ד"ה פלגי, רמ"ה ב"ב קכה: אות צד, ר"י מיגאש סוף קכה:, רשב"א קכו. ד"ה 'ובמלוה שעמו', רמב"ם נחלות ג, ה) פירשו את הביטוי –'פלגי' שכוונה שיחלקו את חלק הבכורה בין הבכור לשאר האחים.
הסיבה שיחלקו הוא משום שיש ספק האם במקרה זה שייך חלק בכורה, ומצינו ג' אפשרויות בראשונים בביאור הספק:

- **הרשב"ם ביאר שהספק הוא** שמא הקנה לאביו בעין יפה והפכו כמוחזק בחוב בכדי לזכות בבכורה או שמא דין חוב זה ככל חוב[134].
- **ברי"ף מבואר שהספק הוא** שמא חוב זה נחשב כמוחזק היות והחוב נמצא בידו.
- **ברמ"ה מבואר שהספק הוא**, האם הסיבה שאינו נוטל במלוה, הוא משום שדין בכורה כדין מתנה, וכל שלא יכל האב להקנות, אינו נוטל לו חלק בכורה, ולכן במקרה כאן

---

[133] הקצות (ו) דן בסברת רשב"ם שכתב שלדעת רבי הסיבה שניתן לגבות בחוב בשטר, הוא משום שהשטר עצמו משביח, ובקושיית תוספות שא"כ גם חכמים היו צריכים להודות שלאחר שיחלקו, יטול הבכור חלק בכורה, כי כעת החוב משביח ברשותו, וביאר שהרשב"ם סבר ששטרות – אין גופ ממון ולכן אין בהם דין חלוקה, עי"ש בדבריו.
[134] עיין מחלוקת ר"ע (חידושים ב"ב קכו. ד"ה 'ומלוה') בית מאיר (שו"ת סימן ב) מה דין לדעת הרשב"ם במידה והבכור לא ידע כלל מהחוב, אם גם בזה שייך לומר שנותן בעין יפה , ועיין עוד בביאור דברי הרשב"ם בדרכי דוד (ד"ה 'גמרא') ובשיעורי רבינו אבי עזרי אות קיא

שהמלוה כבר בידו, יכל האב להקנות לו, או שמא הסיבה שאינו נוטל במלוה היא משום שאין זה בגדר 'אשר ימצא' וסיבה זו נכונה אף לגבי חוב שחייב הבכור לאבא.
**השו"ע פסק כפירוש המקובל בראשונים** שבחוב שחייב הבכור לאביו, חולקים הבכור ושאר אחיו בחלקה הבכורה.
[עיין קצות (ז) שביאר שכשם שבכור אינו נוטל חלק בכורה במלוה, ומכול מקום חולק במלוה שעמו, הוא הדין אף שבעל אינו יורש נכסים שלא היו לה בשעה שמתה [כדעת הרי"ף ב"ב נה. ושלא כר"י מיגא"ש ב"ב קכה: ד"ה 'הא דאמר'], מכול מקום חולק במלוה שעמו וכדין בכור כמבואר בתשובת רשב"א (מיוחסות לרמב"ן סג), ושלא כמשנה למלך [נחול א, יא] שהבין שפסק כן משום שהסתפק אם לפסוק כרי"ף או כר"י מיגא"ש עי"ש.]

## [מדוע הדין פה שיחלוקו, והלא רק לדעת סומכוס- ממון המוטל בספק חולקים?

**תוספות** (ב"ב קכו. ד"ה 'ובמלוה שעמו') **ביארו** שאף חכמים יודו במקרה זה, משום שזו תקנת חכמים מיוחדת שיחלוקו.
**הרמ"ה** (ב"ב קכה: אות צד) ביאר שהיות והממון היה בחזקת האב קודם, בזה אף חכמים מודים שיחלקו, ואין זה מחשב כמוציא מחבירו, עי"ש בדבריו[135].)

## האם בכור נוטל חלק בכורה ממשכון של חוב שחייב אדם לאביו?

**הרשב"ם**(ב"ב קכה: ד"ה 'ואין הבכור נוטל פי שנים') **כתב** שבמידה והבכור תפוס במשכון של חוב אביו, הוא יכול לטול ממנו חלק בכורה, הואיל המשכון נחשב כקנוי לבעל חוב כמבואר בגיטין לז.
**כדברי הרשב"ם כתבו גם המרדכי** (ב"ב סימן תקעג) **בשם רבינו ברוך והמהרי"ק** (שורש קמה) **בשם ר"ח.**
**המהרי"ק כתב** שדין זה נכון גם במשכון שניתן בשעת ההלוואה, **וכן פסקו הטור והשו"ע.**
**הסמ"ע (כ) ביאר** שאף על גב שמשכון בשעת ההלואה אינו נקנה, מכול מקום המשכון נחשב כגבוי ומצוי ביד אביו.
**הדרישה ביסס דבריו על תוספות**(ב"מ סז: ד"ה 'ושביעית משמטתה') שכתבו לעניין שמיטת כספים שהיות ומשכון שלא בשעת הלוואה נחשב כקנוי, אז אף משכון בשעת הלואהנחשב ככסף המצוי בידו ואין השביעית משמטתו, עי"ש בדבריו.
**הש"ך (ז) כתב**שאף על גב שכבר הסיק להלכה בסימן עב (ס"ק ט) שמשכון בשעת ההלואה לא נקנה לבעל חוב בשום ענין, מכול מקום הדין כאן נכון שהבכור נוטל חלק בכורה במשכון משום שמכול מקום 'שעבודו בידו' וזה נקרא 'מוחזק' ולא 'ראוי', והוכיח כן מדינו של הראב"ד שיובא לקמן שקרקע הממושכנת, נחשבת כנכס 'מוחזק' גם ב'אתרא דמסלקי', [כלומר במקום שהמנהג הוא שרשאי הלווה לפרוע למלוה ולסלקו מהקרקע שלו בכל עת שירצה] ומשמע שכל ש'שעבודו בידו', הוא נחשב כמוחזק.
**אמנם בפסקא הבאה נביא שהנתיבות (ה) דחה את דברי הש"ך וכתב** שטעמו של המהרי"ק אינו משום שכאשר שעבודו בידו הוא נחשב כמוחזק, אלא משום ש'למפרע הוא גובה' ולכן במידה וגבה קרקע, יוצא שהקרקע הייתה מוחזקת אצלו מלכתחילה.

## האם בכור נוטל חלק בכורה ממשכון של גוים?

**כתב המהרי"ק** (שורש קמה) שאין הבכור נוטל חלק בבכורה משכון של גוי שנמצא ביד אביו, זאת משום שמבואר בפסחים (לא:) שלדעת חכמים בעל חוב אינו קונה משכון של גוי.
**הרמ"א פסק כדברי מהרי"ק.**
**הש"ך (ח) כתב שדינו של המהרי"ק צריך עיון** לאור מה שהבאנו בשמו לעיל שדי בכך שיהיה שעבודו בידו בשביל שיחשב כ'מוחזק' ולא כ'ראוי',וכתב הש"ך שלמרות שההגהות אשר"י (ב"מ ה, לד) כתב במפורש כדברי מהרי"ק, מוכרחים לומר שהוא חולק על דינו של הראב"ד שהבאנו לעיל.
**עוד כתב הש"ך** שבמציאות שקיבל האבא אחריות על המשכון,גם המהרי"ק יודה שהבכור נוטל מן המשכון חלק בכורה. הש"ך הוכיח כן מדברי הרא"ש בפסחים (ב, י) שכתב שבמידה וקיבל ישראל אחריות על משכונו של גוי, הוא עובר עליו ב'בל יראה ובל ימצא'.
**אך סיימים הש"ך**: 'וצ"ע האידנא בסתם משכנות של עכו"ם דאפילו נאנס או נשרף פטור הלוה בדיניהם רק שאין המלוה חייב לשלם לו מה שהמשכון שוה יותר מהחוב אי קיבל עליו אחריות או לא'.
**הקצות (ח) השיג** על ההשואה בין איסור 'בל יראה' לנדון חלק בכורה, וכתב שלעניין בכורה אין הדבר תלוי כלל בקבלת האחריות, וכל עוד אין קנין בגוף המשכון אין לו חלק בכורה, ורק לעניין איסור 'בל יראה' ריבתה התורה שדבר הגורם לממון דינו כממון.
**הנתיבות (ה) התקשה אף הוא בקושיית הקצות, וביאר** שהש"ך לא התכוון להוכיח מאיסור 'בל יראה' שאכן נובע מגדרים יחודים שדבר הגורם לממון נחשב כממון, אלא ראייתו היא מכך שדינו של משכון שקבל עליו אחריות שונה מפקדון שקיבל אחריות, שעל אף שבשניהם עובר על 'בל יראה ובל ימצא', מכול מקום פקדון אינו נאסר לאחר הפסח [לדעת אחד האמוראים] כמבואר בירושלמי (פסחים ב, ב) משום שאינו שלו [ז"ל הירושלמי: 'הפקיד אצלו צריך לבער ייחד לו בית אינו צריך לבער. לא ביער לאחר הפסח מהו ר' יונה אמר מותר ר' יוסה אמר אסור'] ואילו משכון נאסר כמבואר בפסחים לא. ומכאן ניתן להוכיח שכאשר הוא מקבל אחריות על המשכון, הוא נחשב כקונה את שעבודו, ולכן גם לעניין בכור נחשב נכס זה כמוחזק, ובכור נוטל בו פי שנים.

---

[135] ועיין בשיעורי ר' שמואל אות סז בביאור דבריו

**ומכול מקום הסיק הנתיבות שהדין עם המהרי"ק והרמ"א** שלא ניתן לגבות חלק בכורה ממשכון של גוים, וביאר שאין להשוות זאת לדינו של הראב"ד בעניין משכון קרקע, משום שטעמו של הראב"ד שמשכון נחשב קרקע נחשב כמוחזק אינו מהסיבה שביאר הש"ך ש'שעבודו בידו', אלא משום ש'למפרע הוא גובה' ובזה מבואר מדוע זה נכון רק כשגבו את הקרקע ולא מעות. ובמשכון גוי, היות ואינו נקנה, פשוט שאינו נקנה למפרע, ולכן הבכור אינו שייך בזה.

**הנתיבות גם דחה את ראיית הש"ך** מדין משכון גוי לעניין חמץ (כפי שהנתיבות הבין שהראיה היא מכך שהמשכון נאסר אף לאחר הפסח בשונה מפקדון) וביאר שלא שייך לקנוס בפקדון את הישראל, משום שהישראל יכול להשיב את הפקדון לגוי אף לאחר הפסח ולומר לו 'הרי שלך לפניך'. אבל במשכון, היות הישראל הפסידו, לא התחייב הגוי לשלם לו, ולכן בזה שייך לקנוס את הישראל שייאסר החמץ לאחר הפסח.

**הפת"ש (ז) הביא את דברי שו"ת פני יהושע**(ב, קד) **שכתב** שמחלוקת זו בין המהרי"ק לש"ך נותרה בספק, ולכן חולקים האחים והבכור בחלק הבכורה.

## האם בכור נוטל חלק בכורה ממשכון בקרקע?

לשון הגמרא בב"מ סז:

**רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע אמרי תרוייהו:** האי משכנתא, באתרא דמסלקי - אין בעל חוב גובה הימנה, ואין הבכור נוטל בה פי שנים, ושביעית משמטתה. ובאתרא דלא מסלקי - בעל חוב גובה הימנו, ובכור נוטל בו פי שנים, ואין שביעית משמטתה.

**מבואר בגמרא** שבכור לא נוטל חלק בבכורה ב'משכנתא דמסלקי', כלומר- בקרקע שניתנת כמשכון להלוואה והמלוה אוכל פירות עד הפרעון, ורשאי הלווה לפרוע לו בכל שעה ולסלקו מן הקרקע,(אע"פ שעד סוף פרעון החוב הוא אוכל בפירות) אבל ב'משכנתא דלא מסלקי', כלומר- שהלווה אינו יכול לפרוע למלוה ולסלקו מן הקרקע עד סוף זמן הפרעון, ועד אז רשאי המלוה לאכול מפירות הקרקע, בזה נוטל הבכור חלק בכורה, וביאר רש"י שבזה נחשבת הקרקע כמכר ולא כהלוואה.

**מדברי הר"י מיגאש** (ב"ב קכה:) **מבואר** שהחילוק בין סוגי המשכנתאות נכון דווקא במידה ומת האב קודם זמן הפרעון, אך אם מת האב לאחר זמן הפרעון- בשני המקרים אין הבכור נוטל חלק בכורה, משום שיכול הלוה לפרוע ולסלקו מן הקרע.

**הרשב"א** (ב"ב קכה: ד"ה 'ומשכונות') **הביא את דברי הר"י מיגאש והוסיף** שמסתבר לו שכל דין זה נאמר ביחס למקומות שנהגו לסלק מיד את בעל החוב מן הקרקע ע"י פרעון החוב, אבל בסתם מקומות שהנוהג הוא שאין מסלקים אלא אחרי שנה, יש להחשיב את המשכנתא כמכר, וכשמסלק אח"כ כאילו קונה מחדש, ולכן אף לאחר זמן הפרעון בין מציאות שנהגו לסלק ובין מציאות שלא נהגו, גובה הבכור חלק בכורה מקרקע זו (ועיין בחידושיו לב"מ סז: שמבואר שהוכרח לזה, מכך שהשביעית משמטתו, והרי כל עוד המלוה אינו יכול לכפותו לשלם, אין החוב נשמט בשמיטה, ועל כרחך שהגמרא כאן עוסקת בחוב שכבר עבר זמן פרעונו, ואעפ"כ ב'אתרא דלא מסלקי' אין השביעית משמטת, ובכור נוטל פי שנים, משום שהקרקע נחשבת כמכורה לו, ומקנה לו חזרה בשעת הפרעון, עי"ש).

**הטור הביא את דברי הר"י מיגאש והרשב"א.**

**השו"ע פסק כדברי הר"י מיגאש** שקרקע ממשכון ב'אתרא דלא מסלקי' מוגדרת כמוחזקת רק קודם זמן הפרעון

**הנתיבות (ז) הבין שהטור הציג את דברי הרשב"א כחלוקים על הר"י מיגאש.**

**וכתב הנתיבות שלדעתו אין בזה מחלוקת,** ודברי הר"י מיגאש נאמרו במקום שהגבייה היא בפירות, ובזה אמר הר"י מיגאש שכאשר עבר הזמן הפרעון, לא שייך לומר שהפירות שלו, הואיל והפירות לא היו מצויים בשעת מיתת האב, ואינם מוגדרים כ'עבידי' דאתי' שהרי הלווה יכול לפדותם, אבל הרשב"א דיבר במקום שגובו את החוב בגוף הקרקע, ובזה הקרקע נחשבת כקנויה למלוה עד שיבוא הלווה ויפדה אותה ממנו, ולכן יכול הבכור ליטול בזה חלק בכורה.

**הטור הביא דיעה נוספת והיא דעת הראב"ד** (הובא בשטמ"ק ב"מ סז: ד"ה 'הא דאמרי') שכל שגובה מגוף הקרקע, נוטל חלק בכורה וכל דברי הגמרא נאמרו כשרוצה הבכור ליטול חלק באכילת פירות הקרקע.**דברי הראב"ד לא הוזכרו בשו"ע וברמ"א, והסמ"ע (כג) תמה על כך.**

**בערוך השולחן (ט) מבואר** שלדעת הראב"ד אף ב'אתרא דמסלקי' ובמקום שגובים מיד את הקרקע, כל שרוצה הבכור ליטול חלק בכורה בגוף הקרקע, הדין עמו.

## בכור שהיה חייב לאביו, אם יכול לסלק את היתומים בקרקע בכדי שיטול חלק בכורה

**כתב הקצות (ט) שלפי שיטת הראב"ד** שבכור נוטל חלק בכורה בקרקע ממשוכנת במידה וגבו מגוף הקרקע ואפילו ב'אתרא דלא מסלקי'- יכול הבכור לכתחילה לפרוע להם בקרקע ולא ממעות, אע"פ שסתם כך חייב לפרוע במעות, משום שבמקום הפסד רשאי לפרוע בקרקע כמבואר ובתוספות על הגמרא בכתובות צב. (התבאר בסיכומינו לסימן קא סעיף א). ואע"פ שכאן מדובר במניעת ריוח בלבד, אין לחלק בכך.

**הנתיבות (ו) השיג על הקצות וכתב** שבמקרה של קרקע ממושכנת, הוא לא יכול לסלקו בקרקע, אפילו לא היה לו כלל מעות שדין אכילת פירות בקרקע כ'אפותיקי' שחייב לסלקו או באותה הקרקע או במעות כמבואר ברמ"א בסימן קיז סעיף א, ואף כאן חייב לסלקם או באכילת פירות או במעות, ולא יכול לכפותם שיפרע להם בגוף הקרקע (ועיין בטבעת החושן שהקשה על דימויו של הנתיבות).

## מה דינם של 'בקאמער אובליגאציאהן' (אגרות חוב ממשלתיים)?

**הפת"ש (ה) הביא את דברי הנו"ב**( חו"מ קמא לד) שכתב שדין 'קאמער אובליגאציאהן' כדין חוב רגיל, ואין הבכור נוטל בהם חלק בכורה, ואף שלדעת הראב"ד חוב של 'משכנתא' נחשב כמוחזק במידה וגבו מהקרע, ואף כאן המדינות מחויבות לאובליגציאן, מכול מקום אף הראב"ד מודה שכגובים מעות זה 'ראוי', בזה תמיד גובים מעות.

## לווה במשכנתא ומת קודם זמן פרעון, אם גובה בכורו חלק בכורה מקרקע המשכנתא

**הב"י הביא את דברי הרשב"א בתשובה**(ג,קצח)**שכתב** שאף שקרקע 'משכנתא' מוגדרת כמוחזקת לגבי בעל החוב, ונוטל בה בנו בכורו חלק בכורה (לפי התנאים שהתבארו לעיל) מכול מקום אף בנו בכורו של הלוה נוטל חלק בכורה מקרקע זו כאשר היא חוזרת לבעליה כמבואר בברייתא בגיטין מח: שבכור נוטל פי שניים בשדה החוזרת לאביו ביובל, ומשכנתא אינה גרועה ממכירה גמורה, ואין קושי בכך שהקרקע מזוכה לשנים, משום שאכן הקרקע מוגדרת כ'אשר ימצא' לגבי בעל החוב, ומכול מקום הגוף הקרקע שייך ללוה.
**הרמ"א פסק כדברי הרשב"א** שבכור הלווה נוטל חלק בכורה מקרקע שמצויה כמשכנתא אף ב'אתרא דלא מסלקי' ביד המלוה.

## האם הבכור נוטל חלק בכורה בנכסי שותפות שביד אחרים?

**הב"י הביא שכתב מהרי"ק** (שורש קמה)'שמה שיש לו בשותפות ביד אחרים אפילו חוץ לעיר מיקרי מוחזק ונוטל פי שנים', **וכן פסק הרמ"א.**
**הנתיבות (ד) הביא שהדבריריבות** (סימן עח) **כתב** שבהלוואה של עיסקא (שיש בה חצי פקדון וחצי הלוואה)אין הבכור נוטל פי שניים, וזאת למרות שאסור למקבל להוציא מעות אלו סתם שלא לצורך העיסקא.
**וכתב הנתיבות שדבריו מסתברים** משום שעדיין יש צורך בגביה בכדי להגיע אליהם, ולכן יש להחשיבם כראויים, וגם המעות שיטלו זה לא המעות שהניח אביהם.
**הפת"ש (ו) הביא שבתשובת חוט השני**(סימן א) **כתב כסברא השניה של הנתיבות** שבמקרה שהשותפות אינה בעין, אין הבכור נוטל חלק בכורה.
**הפת"ש (ד) הביא שהשער משפט (ב) הביא שהרדב"ז** (א, תקסד) **סבר** שבמעות 'עיסקא' נוטל הבכור חלק בכורה בחצי שהוא פקדון ולא בחצי שהוא מלוה, והביא הפת"ש שכן דעת שו"ת פנ"י (ב, קד).
**והשער משפט עצמו והשבות יעקב**(א, קעב)**סברו** שנוטל בהכל חלק בכורה כדין פקדון שנמצא ביד אחרים.

## [והאם הבכור נוטל חלק בכורה במתנת שכיב מרע?

**הרמ"א באבן העזר**(סימן ק, סעיף ב) **פסק על פי דברי המהר"י וייל**(סימן מ) **והמהרי"ל** סימן עה)שאם אחד פסק לתת לבנו מתנה לאחר ב' או ג' שנים, ומת הבן, אשת הבן לא גובה כתובתה ממנו מכיוון שהוא ראוי.
**וכתב שם הח"מ** (יג) שאפילו אם ציוה בסתם לתת מתנה לבנו זה נחשב כ'ראוי'.
**הב"ש (יג) השיג עליו וכתב** שבמידה וציוה ליתן לבנו במתנת שכיב מרע הרי זה כמוחזק, ודימה זאת לתשובת ר' בצלאל אשכנזי (סימן מא) שם נאמר שאם נתן מתנה לאשה ולא גבתה עדיין ומתה, הבעל יורש המתנה משום דהוי כמסורין בידה, אלא אם כן לא הגיע זמן הפרעון.
**הקצות בסימן רנג (יב) צידד בשיטת הח"מ וכתב** שאף מתנת שכיב מרע מוגדרת כ'ראוי', **והביא שכן מבואר בתרומת** הדשן (סימן שנ) **ובדברי ריבות**(סימנים קכט, קל).
**אך חילק הקצות וכתב** שכל זה דווקא במציאות שנתן סתם מנכסיו שכרגע זה מחוסר גביה, אך במידה ונתן דבר מסוים, נוטל הבכור חלק ירושה משום שבזה אנו אומרים שזה נמצא ברשותו בכל מקום שיהיה וכדין פקדון.]

## חוב שחייב אבי היורשים לאחר ויש להם נכסים ושטרי חוב, ממה יפרעו.

**הפת"ש (ה) הביא את דברי הנו"ב**(קמא חו"מ לד) שהכריע שבמידה ויש לאבי היורשים חוב, ורוצים היורשים לפרוע משאר נכסים, ולחלוק עם הבכור בשטרי החוב בשוה ללא חלק בכורה, והבכור רוצה שיפרעו משטרי החוב, בכדי שיגדל חלק בכורתו בשאר הנכסים, מחוייבים לפרוע גם בשאר נכסים וגם משטרי החוב באופן יחסי. 'על דרך משל: אם כל העזבון שלש מאות זהובים ויש בזה מוחזק מאתים וראוי דהיינו מלוה מאה זהובים, והחוב שיצא עליהם הוא שלשים זהובים, יש לשלם ממלוה עשרה זהובים וממוחזק עשרים זהובים, ומעתה מסך מאה ושמונים שבמוחזק יטול הבכור פי שנים והמותר יחלקו בשוה, וכמו כן בסך אחר לפי חשבון זה'.

**הנו"ב ביסס את דבריו** על כך שהפריעה למלוה משטרי החוב אינה נובעת רק מ'דינא דר' נתן, אלא גם מעיקר הדין, שכיום עיקר סמיכתנו על שטרי חוב.
**ובזה נחלק הנו"ב**(תניינא חו"מ נג) **על שו"ת פנ"י** (חו"מ א, א) שכתב שאין צריכים לפרוע כלל משטרי החוב משום שלא שייך שעבודא דר' נתן כשיש נכסים אחרים.
**עוד כתב הנו"ב** שכל זאת דווקא במציאות שכבר הגיע זמן פרעון החובות של שטרי החובות שבידיהם, אך אם עוד לא הגיע זמן הפרעון, והבעל חוב לא רוצה לקבלם, יש מקום להסתפק, שהנה פשוט שלדעת השו"ע והרמ"א בסימן קא סעיף ה שפסקו שחייב בעל החוב לקבל פרעון חובות אף קודם שהגיע זמן פרעונם, שאף במקרה זה הוא מחוייב לקבלם ואין כאן שאלה, אך לפי שיטת הש"ך (שם ס"ק יג)שפסק שהמלוה אינו חייב לקבל חוב זה, יש מקום לומר שהיות והמלוה אינו מחוייב לקבל, הם אינם מחוייבים לפרוע מהם, ויש מקום לומר שהיות ואם לא היה לפרוע ממקום אחר, אף שטרות אלו השתעבדו, א"כ מחוייב הפשוט להשלים את חלק הבכורה שפרע משאר נכסים, אף בשטרות, עי"ש בדבריו.

לשון השו"ע:

**אין הבכור נוטל פי שנים במלוה, אף על פי שהיא בשטר ואף על פי שגבו קרקע בחוב אביהם.**

(היה לו שותפות ביד אחרים, מקרי מוחזק) (מהרי"ק שורש קמ"ה).

**היה לאב מלוה ביד הבכור, הרי זה ספק אם נוטל בה פי שנים הואיל וישנה תחת ידו, או לא יטול הואיל ומחמת אביו ירשה ועדין לא באה ליד אביו. לפיכך לא יטול ממנה אלא חצי חלק בכור. במה דברים אמורים: במלוה שלא במשכון. אבל במשכון נוטל פי שנים, דכמוחזק דמי אפילו משכנו בשעת הלוואתו.**

(וי"א דוקא במשכון של ישראל, אבל במשכון של עובד כוכבים לא מקרי מוחזק אלא אם כן חלוט לו המשכון) (מהרי"ק הנ"ל).

**ואם המלוה על משכונא של קרקע, באתרא דלא מסלקי, שקיל בה פי שנים; והוא דלא מטא זימנא בחיי אביהם.**

הגה: ומקרי גם כן מוחזק לגבי לוה, ובכור הלוה נוטל פי שנים כשחוזר ללוה (בית יוסף בשם תשובת הרשב"א).

## סעיף ח

**אם יש לבכור קודם חלוקה**

לשון הגמרא בב"ק קכו.

**אמר רב אסי:** בכור שנטל חלק כפשוט - ויתר.

מאי ויתר?

**רב פפא משמיה דרבא אמר:** ויתר באותה שדה.

**רב פפי משמיה דרבא אמר:** ויתר בכל הנכסים כולן.

**רב פפא משמיה דרבא אמר** ויתר באותה שדה, קא סבר: אין לו לבכור קודם חלוקה, (ומה דאתא לידיה אחיל, אידך לא אחיל).

**ורב פפי משמיה דרבא אמר** ויתר בכל הנכסים כולן, קא סבר: יש לו לבכור קודם חלוקה, ומדאחיל בהא אחיל בכולהו.

**והא דרב פפי ורב פפא - לאו בפירוש איתמר אלא מכללא איתמר:** דההוא בכור דאזיל זבין נכסי דידיה ודפשוט, אזול יתמי בני פשוט למיכל תמרי [מהנהו לקוחות, מחונהו]; אמרי להו קרובים: לא מיסתייא דזבנתינהו לנכסייהו, אלא מימחא נמי מחיתו להו?

**אתו לקמיה דרבא, אמר להו:** לא עשה ולא כלום;

**מר סבר:** לא עשה כלום בפלגא.

**ומר סבר:** בכולהו.

**שלחו מתם:** בכור שמכר קודם חלוקה - לא עשה כלום. אלמא, אין לו לבכור קודם חלוקה. **והלכתא:** יש לבכור קודם חלוקה.

**מר זוטרא מדרישבא** פלג בצנא דפלפלי בהדי אחין בשוה.

**אתא לקמיה דרב אשי, אמר ליה:** הואיל ויתרתה במקצת - ויתרתה בכל הנכסים כולן.
**הגמרא מציגה מחלוקת בין רב פפא לרב פפי בדעת רבא** בשאלה- אם בכור שחלק עם אחיו חלק כפשוט ויתר על כל בכורתו, או רק על חלק בכורתו שבאותה השדה.
**ומבואר בגמרא שלא נחלקו רב פפא ורב פפי על דין זה במפורש, אלא נחלקו בשאלה** אם בכור שייך בחלק בכורתו קודם החלוקה: אם נאמר שיש לו חלק בבכורתו אף קודם החלוקה, ייצא שאם מכר את שדה אביו קודם החלוקה, הועילה מכירתו בחלק בכורתו, אך אם נאמר שאינו שייך בחלק הבכורה קודם החלוקה, יוצא שלא מכר כלום, ולא הועילה כלל מכירתו (הרשב"ם הבין שלדיעה זו לא הועילה המכירה אף לחלקו כפשוט, אך תוס' (קכו: ד"ה 'לא') השיגו עליו שברור שחלקו כפשוט שייך לו אף קודם החלוקה, כפי שאמר רבי לחכמים(קכד.) 'מה חלק פשוט אף על גב דלא מטא לידיה, אף חלק בכורה אף על גב דלא מטא לידיה').
**מבארת הגמרא שמחלוקת זו מולידה את המחלוקת בעניין הויתור**- אם נאמר שבכור שייך בחלק בכורתו אף קודם החלוקה, הרי בזה שנטל כפשוט בשדה זו , ויתר על כל חלק בכורתו. אך אם נאמר שאין לבכור חלק בבכורה קודם החלוקה, יוצא שהבכור ויתר רק על החלק באותה שדה.
**הגמרא מסיקה** שיש לבכור חלק בבכורה קודם החלוקה ולכן מועילה מכירתו לחלק בכורתו, וכן אם חלק עם אחיו כפשוט בשדה אחת ויתר על כל חלק בכורתו, **וכן פסק השו"ע.**

## היחס בין הכלל 'יש לו לבכור קודם חלוקה' לכך שאינו נוטל חלק בכורה בשבח.

**כתב הרי"ף בב"ב נד.**
מתני' בבכורות [בכורות נ"א ע"ב] הבכור נוטל פי שנים בנכסי האב ואינו נוטל פי שנים בנכסי האם ואינו נוטל בשבח ולא בראוי כבמוחזק [בכורות נ"ב ע"א] ... ולא היבם כולם אינם נוטלין בשבח ולא בראוי כבמוחזק...ולא היבם: בכור קרייה רחמנא אמר אביי לא שאנו אלא שבח ששבחו נכסים בין מיתה ליבום אבל בין יבום לחלוקה שקיל יקום על שם אחיו אמר רחמנא והרי קם רבא אמר אפילו דבין יבום לחלוקה לא שקיל מ"ט כבכור מה בכור אין לו קודם חלוקה אף האי נמי אין לו קודם חלוקה.
**ואי קשיא לך** הא דאיפסיקא הלכתא לקמן [דף קכ"ו ע"ב] דיש לו לבכור קודם חלוקה.
התם בעיקר ממונא הכא בשבחא:
**הרי"ף מציין לכך** שבגמרא בכורות מבואר שבכור אינו נוטל חלק בשבח משום שאין לו חלק קודם חלוקה, ולכאורה זה סותר למסקנת גמרתינו שיש לו לבכור חלק בבכורה ואע"פ הכריע הרי"ף (ועמו רוב הראשוני) שהלכה כחכמים שבכור אינו נוטל חלק בשבח.
**ותירץ הרי"ף** שבעיקר הממון יש לו חלק קודם חלוקה אך בשבח לא.
**הרי"ף בדף נה: מחדד זאת יותר** כאשר הוא בא לסתור את השיטה הסוברת שלהלכה יש להכריע כרבי שבכור נוטל חלק בשבח, שהרי פסקנו שיש לבכור קודם ירושה וכך לשונו:
והאי סברא לאו דסמכא הוא דלא איפסיקא הילכתא דיש לו לבכור קודם חלוקה אלא במאי דאתא לידי אבוה ואיתיה השתא ברשותיה אבל מלוה דליתיה ברשותיה לא שייכא בהא מילתא כלל וכן כתב רבינו האי גאון זצ"ל כי האי סברא.
כלומר, יש לבכור בכור קודם חלוקה במה שהיה ברשות האב, ולא בדבר שאינו ברשות האב כגון מלוה.
**הרמ"ה לא קיבל את דברי הרי"ף** (ב"ב קכו: אות צח) שהרי אם אנו מנחים שיש לבכור חלק קודם חלוקה, ממילא מה שהשביח היה ברשותו, ואין סיבה שלא יטול ממנו חלק בכורה.
**על כן ביאר הרמ"ה** שבכורות נאמר שאין לבכור חלק בגוף הנכסים קודם חלוקה, אך מכול מקום יש לו זכות בהם ויכול למכור זכות זו לאחרים, אך באמת גם במידה ומכר, לא יזכו האחרים בשבח שיווצר עד החלוקה, הואיל ועוד לא זכו בגוף הנכסים(ועיין באבן האזל השמטות מכירה ג א שצידד בדברי הרמ"ה וביאר דבריו).
**ומדברי הרשב"ם עולה** כי מה שיש לבכור קודם ירושה זה רק במידה ובוחר בכך, ובזה ביאר מדוע במידה ומחה באחים שלא ישביחו אלא יחלקו מיד, הוא יטול חלק בשבח (עיין לעיל סעיפים ד, ו) וזאת משום שכשהחליט לזכות בנחלה, זוכה אף בשבח, ולכאורה כך גם יש ליישב גם בין הגמרא בבכורות לכאן, וכן עולה מדברי הסמ"ע (כד) ודוק.
לשון השו"ע:

**בכור שמכר חלק בכורה קודם חלוקה, ממכרו קיים מפני שיש לבכור חלק בכורה קודם חלוקה. לפיכך אם חלק עם אחיו במקצת נכסים, בין בקרקע בין במטלטלין, ונטל חלק כפשוט, ויתר בכל הנכסים ואינו נוטל בשאר אלא כפשוט:**

## סעיף ט

### נטל בכור חלק פשוט ומחה ואמר שאין בכוונתו לוותר על חלק בכורתו

**הבאנו בסעיפים ד, ו את דברי רב הונא שקבע** שמועילה מחאתו של בכור, אך לא מבואר בדבריו על איזה מחאה מדובר.

**והבאנו שהרשב"ם פירש** שמדובר שהבכור מחה באחיוואמר 'אל תשביחו חלקי אלא נחלוק מיד ואשביח אני שני חלקים שלי ואטול כל שבחן, והן נתייאשו מלחלוק, והשביחו הנכסים- הרי מיחה בהן ויטול פי שנים'.

**וכן הבאנו שהרשב"ם הביא שבניגוד לפירושו, פירש הר"ח** שהגמרא כאן אינה עוסקת כלל בשבח, אלא בבכור שחלק בשוה עם אחיו בחלק מהנכסים, ואע"פ שבדרך כלל זה מעיד על ויתורו בחלק הבכורה, מכול מקום אם מחה ואמר שעדיין ברצונו ליטול בחלק הבכורה מועילה מחאתו ולא הפסיד חלק בכורתו, **וכן ביאר הרמב"ם** (נחלות ג, ו).

**לפי ביאור זה מבואר בגמרא** שהמחאה מועילה דווקא בחלוקת ענבים אפילו במידה ובצרום, אך אם גם דרכום וחלק עמהן בשוה ביין, ולא חזר ומיחה בהן משנעשה יין, לא הועילה מחאתו הראשונה, ויצא שויתר על חלק בכורתו בשאר נכסים, וכתב הרמב"ם: 'הא למה זה דומה- למי שמיחה בענבים וחלק עמהם בשוה בזיתים, שהרי ויתר בכל. וכן כל כיוצא בזה.

**הטור והשו"ע פסקו כאן כדברי הרמב"ם.**

**הקצות (יא) הבין** שכוונת הרמב"ם שהבכור מחה רק על כך שלא ויתר חלק בכורתו בשאר הנכסים, אבל ביין ויתר, ולפי זה היה קשה לקצות מדוע במידה ודרכום ולא חזר ומיחה, אנו אומרים שבזה הפסיד חלק בכורתו, והרי לא היה לו על מה למחות שכבר ויתר על חלק בכורתו בענבים ואף אם היה רוצה לחזור בו ולקבל חלק בכורה ביין לא היה יכול.

**הנתיבות (ח) דחה את קושיתו** שהרמב"ם דיבר כשהבכור מחה שלא ויתר על חלק בכורתו אף בענבים, לכן היה לו לחזור ולמחות אף ביין, משום שזהו מין חדש.ואע"פ שבלאו הכי פשוט שהואיל ולא מיחה בהם שלא ישביחו הוא אינו יכול ליטול בשבח היין (כפי שנפסק בסעיף ו על פי ביאורו של רשב"ם) מכול מקום היה לו ליטול ביין חלק בכורה כשיעור דמי ענבים, ועוד שהיה לו ליטול את כל שבח היין ולהשיב בדמים, כמבואר בב"ק צה: וכפי שנפסק לעיל בסעיף ו, ובזה התחדש שהיות ולא מחה שוב, ויתר על חל הבכורה לחלוטין.

לשון השו"ע:

**במה דברים אמורים, בשלא מיחה. אבל אם מיחה באחיו ואמר בפני שנים: ענבים אלו שאני חולק עם אחי בשוה לא מפני שמחלתי חלק בכורה, הרי זו מחאה ולא ויתר בשאר נכסים.**

**ואפילו מיחה בענבים כשהם מחוברים ובצרום וחלקום בשוה, לא ויתר בשאר נכסים.**

**אבל אם דרכום וחלק עמהם בשוה ביין, ולא מיחה בהם משנעשה יין, ויתר** (פי' ענין ויתר הוא השתיקה והמחילה על דבר שיש לו עליו טענה אם ירצה) **בשאר נכסים.**

**הא למה זה דומה, למי שמיחה בענבים וחלק עמהם בזיתים, שהרי ויתר בכל, וכן כל כיוצא בזה:**

## סעיף י

### אב שהותיר חובות- כיצד מתחלקים היורשים בפריעת חוב אביהם?

**מבואר בברייתא בדף קכד.**(לאחר שהביאה את הדין שבכור נוטל בחוב אביו, והבאנו שלהלכה אין הדין כן) שבכור יכול לוותר על חלק בכורתו, ובזה להפטר גם מלשלם חובות אביו.

**וביאר הרשב"ם שהנ"מ** היא במציאות שהאחים לא נמצאים, שרשאי הבכור כרגע שלא לירש את חלק הכפול, ובנתים לא יוכל הבעל החוב לגבות משאר הנכסים שלא בפני בעלי הדין[136], **וכן כתבו תוספות** (ב"ב קכד. ד"ה 'ואם אמר') **בשם ר"י.**

**עוד הביאו תוס' שר"ת ביאר באופן אחר** והוא, שמדובר בבכור שחייב בעצמו כסף , ויכול לוותר על חלק בכורתו ועל ידי כך הוא אינו מחוייב לפרוע לבעל חובו מחלק זה.

**הר"י מיגאשמיגאש** (ב"ב קכד.)**ביאר כדברי רשב"ם שמדובר בחוב השייך לאביהם וכתב**שדווקא על חלק בכורתו יכול לוותר, אבל אין אדם רשאי לוותר על חלק הפשוט שלו, ולכן אף במידה ורוצה שלא לירש כלל ואומר לבעל חוב אביו שיטרח הוא לגבות מנכסי אביו, אין שומעים לו, וכופים אותו להטפל בדבר ולמכור אותן ולהגבותן.

**בטעם הדבר ביאר הר"י מיגאש** שדווקא לבכורה יש דין מתנה ורשאי לוותר עליה, אבל ירושה רגילה מגיעה מאליה, וכבר יורשה מהרגע הראשון.

---

[136] הרשב"ם דחה פירוש של 'יש מפרשים שהכוונה שהבכור מוותר על שטר חוב שחייבים לאביו כנגד שטר חוב שחייב אביו לאחרים, משום שאין שום הגיון בזה שהרי שטר חוב שיש לאביהם לאחרים אינו נגבה לבעל חוב אביהם שהרי מטלטלים של יתומים אינם משתעבדים.לבעל חוב, ולכן כל שלא וויתר על חלק בכורתו בקרקע, הוא חייב לפרוע לבעח חוב ככל האחים

**אמנם הרשב"א**(ב"ב קכד.) **והתרומות** (שער ס חלק א אות ג)**הביאו שהראב"ד חולק וסובר** שכל שלא רוצה ליטול בחלק הפשוט שלו אין מְעַשִּים אותו על כך. [וביאר הרשב"א שלהלכהאנו פוסקים ש'שעבודא דאורייתא' והירידה לנכסים אינה נובעת מכוח כפיה על המצוות, ולכן איננו כופים את האדם לפרוע חובו מעבר מעצם הירידה לנכסיו, וזה שלא כשיטה ש'שעבודא דרבנן', והסיבה שיורדים לנכסיו היא מכוח כפיה על המצוות ועיין לקמן בהערה 138 ב' ביאורים לדבריו].
**וביאר הראב"ד** שהברייתא דיברה דווקא ביחס לבכור בכדי לחדש ולומר שגם אם ירצה לאחר זמן לקחת חלק בכורתו, שוב אינו יכול,משום שכבר ויתר עליה ודין בכורה כדין מתנה שיכול לוותר עליה, וזה בשונה מחלק פשיטותו שלעולם יכול לחזור ולירש**והסכים עמו הרשב"א**.
**פירוש זה סותראת דברי תוס' בב"ב קכו:** שביארו שברייתא זו יכולה להיאמר אף לשיטה הסוברת שאין לבכור חלק בנחלה קודם חלוקה, וביארו שמכול מקום, כל עוד אינו רוצה לרשת את חלק הבכורה, הוא לא חייב לפרוע, ועולה מדבריהם שפשוט שלאחר שירצה לרשת, הוא ירש, ואינו יכול לוותר על חלק ירושתו קודם שהגיע אליו (מכול מקום להלכה נראה שלא יחלקו תוספות הואיל ואנו פוסקים שיש לבכור קודם חלוקה, ולכן מסתבר שלא יוכל לחזור בו ממחילתו, וכן עולה מדברי הקצות בס"ק ח שיובא לקמן).
**השו"ע פסק כפירושו של רשב"ם** שבכור רשאי לוותר על חלק בכורתו, ובזה לפרוע לבעל חובו רק מחלק הפשוט שלו, וכל עוד לא הגיעו שאר האחים, לא יוכל בעל החוב לגבות מהם.
**והוסיף השו"ע בלשון יש מי שאומר את העולה מדברי הראב"ד** שלאחר שויתר על חלק בכורתו, שוב אינו יכול לחזור בו.
**הסמ"ע (כט) כתב שבכוונה השמיט השו"ע** את תחילת פירושו של הראב"ד שניתן לוותר אף על החלק הפשוט, וזאת משום שלדעתו פשוט שאינו רשאי לוותר על חלק פשיטותו וכדברי הר"י מיגאש.

## האם כופים את האדם לרשת את הבכורה בכדי לפרוע את חובותיו שלו?

**הבאנו לעיל שר"ת פירש** שהברייתא עוסקת בבכור שחייב בעצמו לבעל חובו, ורשאי לוותר על חלק בכורתו, ועל ידי כך לא לפרוע לבעל חובו מחלק זה.
**הקצות (יב) העיר שלכאורה דין זה סותר את את יסודו של הקצות בסימן ט ס"ק א** שכתב לעניין שוחד וריבית, שאף אם נאמר שהחיוב של שוחד וריבית נוצר רק לאחר שהנותן שוחד או נותן הריבית תובע כסף זה חזרה[עי"ש שבשוחד הדבר מוסכם יותר], יש לכפות את הלוה לתבוע כסף זה בשביל לפרוע חובו, וכופים אותו על כך מדין 'פריעת בעל חוב מצוה', וא"כ אף בעניין חלק הבכורה היה לנו לכוף אותו לקבל חלק בכורתו[137].
**ושם תירץ הקצות** שאין להקשות מדין בכור, משום שבניגוד לחוב של ריבית ושוחד שאף אם אינו תובע כעת, הוא יכול לתבוע בעתיד, במקרה של בכור אין הדין כן, ושוב אינו רשאי לתבוע, וממילא לא תועיל על כך כפיה.
**אך העיר הקצות שתירוץ זה אינו מסתדר לכאורה עם דברי התוספות בב"ב קכו:** שביארו שדין הברייתא נכון גם לשיטה הסוברת שאין לבכור קודם נחלה, ומכול מקום רשאי כעת שלא לתבוע את בכורתו, ולא ניתן לגבות את החוב מחלקו, אך לעולם רשאי לחזור ולתבוע בכורתו, ולפי זה יוצא שאין כלל חילוק בין דין בכורה לדין שוחד וריבית?
**ותירץ הקצות שצריך לומר שדברי ר"ת** שעסק בחוב עצמו נאמרו דווקא לשיטה האומרת שיש לבכור קודם חלוקה, ושוב אינו רשאי לקבל חלק בכורתו חזרה.
**וכתב הקצות שלשיטת ר"י** הסובר שמדובר בחוב אביהם אין קושיא, משום שכל עוד לא ירש בחלק זה, הוא לא התחייב כלל לפרוע, ואין זה דומה למי שהוא עצמו חייב, שהחיוב רובץ עליו על אף שאין לו נכסים[138].

## האם ניתן להסתלק מדבר קודם שבא לעולם?

**הבאנו לעיל שכתבו תוספות** שדברי הברייתא שיכול לוותר על חלק בכורתו ובזה להפטר מפריעת חוב, יכולים להיות נכונים אף לשיטה הסוברת שאין לבכור קודם חלוקה, ולשיטה זו כל עוד הבכור אינו תובע את חלק הבכורה, הוא אינו מחוייב לפרוע, אך עדיין יכול בעתיד לפרוע.
**מדברי תוספות עולה** שלא ניתן להסתלק מדבר קודם שהגיע לידו.
**בניגוד לשיטה זו הבאנו לעיל את דברי הראב"ד** שסבר שהברייתא באה לומר שכאשר הבכור מוותר על חלקו, שוב אינו יכול לחזור בו.

---

[137] אמנם עיין שם שהקשה שלכאורה לפי שיטת העיטור המופיעה בסימן רה (סעיף יב) שלא מועילה כפיה על קניה, לא יועיל כלל שנכפהו לזכות בריבית ובשוחד, ולכאורה הוא הדין כאן לעניין בכור, ולא תירץ זאת עי"ש.
[138] יש להעיר שלכאורה כל יסוד דבריו של הקצות תואמים לשיטת הר"י מיגאש שסובר שהכפיה על קיום מצוות פריעת החוב, נכונה גם להלכה שאנו פוסקים ש'שעבודא דאורייתא', ולא כשיטת הרשב"א הסובר שלהלכה אין כלל כפיה על קיום המצווה מלבד עצם הירידה לנכסים, ולפי דיעה זו נראה שפשוט שכל עוד לא זכה הלווה בנכסים, אין לכפותו לזכות בהם בכדי לפרוע חובו, וכן נראה שהבין הדרישה (יא) בדברי הרשב"א עי"ש בדבריו
אמנם האמרי בינה (סימן ג ד"ה 'וראיתי' האריך להשיג על הדרישה וסבר שאף הרשב"א מודה שגם להלכה כופים על מצוות פריעת בעל חוב, וכל כוונת הרשב"א שבמקום שניתן לרדת לנכסיו, אין צורך לכופו, אבל ודאי שבמידה והבריח נכסיו או הטמינם, ניתן לכופו לפרוע, ולכאורה לפי זה יוצא שדברי הקצות יכולים להיות נכונים אף לשיטת הרשב"א שיש לכופו לרשת את חלק בכורתו בשביל לפרוע או לדרוש את השוחד והריבית וכיוצא בזה.

**סימן רעח-** אין הבכור נוטל פי שנים לא במלוה ולא בשבח, ואם מכר חלק בכורה

**והעיר הקצות (ח) שלכאורה היה מקום להקשות על שיטת הראב"ד** שלדעתו ברייתא זו הינה ראיה לכך שיש לבכור קודם חלוקה, שהרי לשיטה שאין לבכור קודם חלוקה, הוא אינו יכול לוותר על נכסיו קודם שהגיעו לידו כמבואר בב"ב קכו. שלדעת רב פפא בכור שחלק בשדה כפשוט לא ויתר על חלקו בשאר הבכורה, הואיל ואין לבכור קודם חלוקה, ומשמע שכל עוד לא הגיע לידו, הוא אינו יכול לוותר על בכורתו, ודבריו של רב פפא נסתרים מברייתא לפי פירושו של הראב"ד.
**ותירץ הקצות** שהראב"ד סבר שניתן להסתלק מדבר אף קודם שהגיע לידו, ואף רב פפא מודה לזה, וכל כוונת רב פפא היא, שהיות וכרגע לא זכה בשאר הבכורה, אין לנו להניח שהתכוון לוותר על הכל כעת, הואיל וכל עיסוקו הוא במה שהגיע לידו כעת, אך וודאי שאם ירצה להסתלק במכל חלק בכורתו- יכול, על אף שזו עוד לא הגיעה לידו. [וציין הקצות לדבריו בסימן רט ס"ק יא שם האריך להוכיח שניתן להסתלק מדבר קודם שהגיע לידו].

## האם יכול בכור להסתלק מחלק בכורתו עוד בחיי אביו?

**הקצות (יג) הסיק** שבכור יכול להסתלק מחלק בכורתו עוד בחיי אביו.
**וציין לסוגיא בכתובות בדף פג.**(התבארה בסיכומינו לסימורט סעיף ח) הדנה ביכולתו של הבעל להסתלק מזכותו בפירות אשתו, וכן בירושתה, ושם עולה שיכול להסתלק מן הפירות וכן מירושת אשתו אך דווקא קודם נישואיו עמו.
**ונמצאו בזה ג' שיטות**:

**א. שיטת התוספות** (גיטין עז. ד"ה 'וכדרב')שסילוק אינו מועיל בדאורייתא אך מועיל בדרבנן.

ב. **שיטת הר"ן**(כתובות מא: בדפי הרי"ף) סילוק אינו מועיל בדבר שכבר בא לידו, כגון ירושת הבעל באשתו כאשר היא נשואה לו, וזאת בניגוד לפירות או בירושת ארוס בארוסתו שעוד לא הגיעו לידו.

ג. **המגיד משנה** (נחלות א, ח) **הביא דעת 'יש מפרשים'שסברו** שסילוק מועיל רק בדבר שיבוא לידו על ידי מעשה, ולא שבא מאליו.

**וכתב הקצות שלפי כל השיטות הנ"ל פשוט** שבכור יכול להסתלק מחלק בכורתו אף בחיי אביו, משום שאע"פ שבכורה מגיע לו מדאורייתא, מכול מקום הוא רשאי לוותר עליה לאחר מות אביו, שהרי התורה קראה לבכורה מתנה, וא"כ אין סיבה לחלק בזה בין קודם מיתת אביו לאחר מיתת אביו, וכן אין להחשיב זאת כדבר שכבר בא לידו, שהרי אפילו לאחר מות אביו, הוא רשאי להסתלק וכל שכן קודם מות אביו שלא שייך לומר בזה שנחשב יותר בידו, וכן הדבר נחשב כתלוי במעשיו, שהרי ברצותו יכול לסרב לבכורה לאחר מותו, ולכן אף קודם יכול להסתלק.
**הקצות כתב שיש להביא ראיה לזה מהגמרא בב"ב קכו:** שם קבעה המשנה שהאומר:'איש פלוני בני בכור לא יטול פי שנים'- לא אמר כלום מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה, וכתבה הגמרא שדין זה יכול להסתדר אף לשיטת ר' יהודה הסובר שניתן להתנות בממון אף בדין תורה, והסיבה שכאן לא מועיל תנאו היא משום שהבכור לא מחל על חלקו.
**ודייק הקצות מגמרא זו,** שאם הבכור היה מוחל זה היה מועיל.
**מכול מקום העיר הקצות שנראה שלנימוק"י** (ב"ב נה:)**לא היה פשוט דין זה,** ולכן הביא ב' ביאורים מדוע ר' יהודה יודה שכאן תנאי לא מועיל וז"ל:

משום דהכא לא מצי מחיל דבר שלא בא לידו של בן אינו יכול למוכרו ולא למוחלו.
ואפילו הוי מצי מחיל ודאי לן דלא מחיל, ואף על פי ששותק כדי שלא יכעוס אביו הוא דעבד.

**ומשמע מתחילת דבריו** שהבכור אינו יכול למחול אף אם רוצה בכך.
**מכול מקום כתב הקצות** שמלשון הש"ס מדוייק שאם היה מוחל במפורש זה היה מועיל.
**וכתב הקצות שההגהות אשר"י** (ב"ב ח, טו) **כתב במפורש** שמדוייק מממשנה זו שבכור רשאי למחול על חלקו בחיי אביו.
**וכתב הקצות שאמנם ההגהות אשר"י ציין שבירושלמי מפורש** שלא יכול משום שבעל כרחו הוא , ולא מצאנו מקורו (והביאו המילואי חושן (21) שהעיר הר"י פרלא שזו טעות סופר בהגהות אשר"י ויש לגרוס 'ובירושה' כלומר שעל הירושה אינו יכול למחול משום שירושה באה לאדם בעל כרחו, והביאו שכן במפורש באור זרוע שהוא מקור דברי ההגהות אשר"י הנ"ל).
**מכול מקום הסיק הרצות יש לפסוק כמבואר בבבלי,** בפרט שבמשנה מבואר שהטעם שהביא ההגהות אשר"י אינו נכון ורשאי הבכור שלא ליטול בחלק בכורתו, ואין זה בעל כרחו שלו.
[והעיר הקצות שבזה ניתן לבאר כיצד מכר עשו את בכורתו שהוא דבר שלא בא לעולם, וביאר שעשה כן מדין 'סילוק' והקשו ב'מילואי חושן' (21א) שאין זה מבאר כיצד יעקב זכה בבכורה][139]

[139]הקצות המשיך לפלפל בסוגיא בכתובות פא: שם עולה שיכול היבם לוותר על חלק מירושת אחיו שמת קודם שיבם את האשה, וביאר שם הר"ן (מ: בדפי הרי"ף) שזאת משום שהוא מסתלק מהנכסים, והעיר הקצות שביאור זה לא יועיל לשיטת תוספות שסוברים שלא ניתן להסתלק מדבר שהוא מדאורייתא, ותירץ שיש לומר שיבם נקרא כבכור ולכן רשאי להסתלק קודם וכפי שהתבאר לעיל.
אלא שעדיין הוקשה לקצות דברי רש"י שביאר שהיבם עשה על כך מעשה קנין, ומשמע שאין זה מכוח סילוק.
ותירץ בשם בנו הרב זאב וולף שרש"י יבאר שהאח ויתר על חלק פשיטותו שקיים כרגע.
ובמילואי חושן (24) הביא שיש אחרונים שביארו שהר"ן לא קיבל זאת משום שע"י היבום נפקע כוחו של הפשוט.

**הנתיבות (ט) חלק על הקצות** וכתב שלשיטת רשב"ם לא תועיל מחילתו של הבכור בחיי אביו, שהרי הוא ביאר שהסיבה שלא מועיל ויתור לשיטה שאין לבכור קודם חלוקה, היא משום שזה דבר שלא בא לעולם, וא"כ פשוט שבחיי האב לכ"ע אינו יכול למחול.
**הנתיבות דחה את דיוקו של הקצות מביאורו של הרשב"ם למשנה בב"ב קכו:** ממנו עולה שרשאי הבן למחול על חלק בכורתו לאב, וכתב הנתיבות ששונה מחילה לאב ממחילה לאחים, משום שהתורה נתנה רשות לאב להנחיל לכל מי שירצה, אלא שאסרה עליו לקחת את חלק בכורתו, ועל זה רשאי למחול, אך לא תועיל מחילתו ביחס לאחים, הואיל וכעת עוד לא זכה בזה.

## האם בכור נוטל חלק בכורה מקרקע שגזלו אחרים מאביו?

**כתב הנמוק"י**(ב"ב נג:) שקרקע שגזלו אחרים מאביהם נחשבת כ'מוחזק', וזאת משום שאין קרקע נגזלת, ולכן נוטל ממנה בכור פי שנים, **וכן פסק הרמ"א.**

## האם בכור נוטל חלק בכורה מקרקע הקנויה לאביו 'מהיום ולאחר מיתה'?

**עוד כתבו המרדכי** (ב"ב תקעד) **והנמוק"י** שקרקע ששייכת לאבא מהיום ולאחר מיתה נחשב כ'ראוי', וכן פסק הרמ"א.

## האם בכור נוטל חלק בכורה ממטלטלים שנגזלו מאביו?

**כתב המרדכי** (ב"ב תקעד) **בשם מהר"ם**שאשה נוטלת כתובתה בספרים שגנבו גוים ואחר מותו הוחזרו, ואף על גב שהאשה אינה נוטלת ב'ראוי' אין זה נקרא 'ראוי' , משום שנכסי אדם בכל מקום שנמצאים, הם נחשבים כשלו ['כל היכא דאיתיה ברשותא דמרא איתיה'], וכתב שספרים אלו לא פחותים ממלוה שאשה גובה מהם ואף על גב שמלוה נחשב 'ראוי' לענין בכור.
**הדרכי משה (ב) הביא את דברי המרדכי הנ"ל** והבין שדין זה נכון אף לעניין בכור.
**הדרכי משה סייג דין זה וכתב** שדין זה נכון דווקא ביחס לספרים שאין הדרך להתייאש מהם, אך שאר מטלטלים נחשבים כ'ראוי' אף אם לא נתייאש אביהם מהם.
**הקצות ביאר שכוונת הד"מ היא**שכל גזלה העומדת לייאוש נחשבת 'ראוי', אף אם בפועל לא נתייאשו הבעלים ממנה משום שאין היא מוגדרת כ'מצוי', [וביאר שהוא הדין להיפך שישנו דבר שהוא לא קיים כעת ומוגדר כ'מצוי' כגון שבח שבגוף הדבר –'דיקלא ואלים וארע דאסיק שרטון] אבל ספרים שמן הסתם יגיעו לידי ישראל הם מוגדרים כ'מצוי', ולכן בכור נוטל בהם חלק בכורה.
**אמנם הקצות השיג על כל דברי הד"מ וכתב** שלעניין בכור, כל מטלטלים ואף ספרים נחשבים כ'ראויים', וכל דברי המרדכי נאמרו לענין כתובת אשה שנגבית אף ממלוה, וביאר שגזילה אינה פחותה ממלוה שגובה ממנה מ'שיעבודא דר' נתן', ואין זה שייך לענין בכור שלא נגבה מה'ראוי'.
**וכתב שאף מדברי הנמוק"י מדוייק** שדווקא קרקע גזולה מוגדרת כמוחזק, היות ואינה נגזלת, ומשמע שמטלטלים נחשבים כ'ראוים' והבכור לא נוטל בהם חלק בכורה.
**עוד הביא הקצות שההגהות אשר"י** (ב"ב ח, יא) **סבר** שאפילו פרה שמושכרת בלא שטר, מוגדרת כ'ראוי' הואיל ויכול השוכר לכפור בה, ולמד כן מכך שרבי מגדיר מלוה כ'מוחזק' אך דווקא מלווה בשטר, וכשאינו בשטר הוא מוגדר כ'ראוי' משום שניתן לכפור בו.
**וכתב הקצות** שאמנם נראה ששאר פוסקים אינם מודים לו בעניין פרה מושכרת ואינם מגדירים אותה כ'ראוי', אך זאת משום שהפרה עדיין נחשבת ברשותו לגמרי וניתן להשכירה ולהקדישה, אבל דבר שהוא גזול שלא יכול לתנו במתנה, יש להחשיבו כ'ראוי'.
**הנתיבות (י) כתב ליישב** את דברי הרמ"א שהבין שמה שכתב המרדכי שספרים גנובים אינם חשובים כ'ראוי' זה נכון אף ביחס לבכור, ומה שכתב המרדכי שלא גרע ממלוה שעל אף שמוגדר כראוי לבכור, הוא אינו מוגדר כן לעניין כתובה, זהו טעם נוסף. והסיבה שדבר גנוב מוגדר כ'ראוי' אף לעניין בכור הוא משום שזהו אותו חפץ שהוריש אביהם, בניגוד למלוה שהכסף שיקבלו הוא לא הכסף שהשאיר להם אביהם כמבואר בב"ב קכה. שזהו הטעם שבכור אינו מקבל חלק בכורה במלוה.
**עוד כתב הנתיבות** שנראה שהוא הדין לשאר מטלטלים כל עוד לא התייאשו הבעלים מהם והשיג על הקצות שחילק בין הדברים,שהרי אף ספרים יכולים להגנב על ידי ישראל [ויש לתמוה על הנתיבות שהשיג על הקצות, והלא חילוק זה כתב הד"מ והקצות רק ניסה לבאר דבריו והנתיבות התעלם מכך שאלו דברי הד"מ]

## האם הבכור נוטל חלק בכורה מקרקע שמשועבדת לאחר?

**הגמ בב"ב נה. מביאה מחלוקת אמוראים** ביחס לשאלה- איזה נכסים משתעבדים למיסי המלך.
**שם אמר רב הונא בר רב יהושע** שאפילו השעורים שנתלשו מהקרקע משועבדים למס.

---

והמילואי חושן תמה עליהם שמכול מקום לא פקע אלא מכאן ולהבא, ומשעה זו כבר הוא בעלים על הנכסים מכוח שהוא יבם, ולכן יוצא שמאז ומתמיד היו הנכסים ברשותו, או מכוח פשיטותו או מכוח שהוא יבם, ואין בזה חסרון של הקנאת דבר שלא בא לעולם.

**רב אשי הביא שהקשה אמימר** שא"כ בטלת ירושת בכור, שכל שמשועבד למלך, הרי הוא ראוי, ובכור אינו נוטל בראוי.
**ותירצה הגמ'** שירושת בכור שייכת במקרה שכבר שילם מס ומת, וכעת פרע חובו ואין נכסיו משועבדים.
**וכתבו תוספות**(ב"ב נה. ד"ה 'אם כן')**בשם ר"י ור"ת** שדווקא שעבוד למלך מוגדר כראוי משום שהקרקעות שייכות בעיקרון למלך ולכן הוא המוגדר כמוחזק, אבל שעבוד של חוב רגיל לא מגדיר את הנכס כ'ראוי', משום שכעת הם ברשות הבעל חוב, ומחוסרים גביה.**וכן כתב הנמוק"י** (ב"ב כט: ד"ה 'כרגא')**בשם הרשב"א** (נה. ד"ה קשי וד"ה מסקנא)**והרמב"ן** (נה. ד"ה 'אם כן').
**והוסיף הנמוק"י**שם ד"ה 'אמר המחבר') שבמקום שאין המלך מוכר הקרקע במס עד כמה שנים, ורק משכיר אותו עד שיפרעו לו, נוטל הבכור פי שניים.
**הרמ"א פסק ככל דברי הנמוק"י** שבשאר חוב, קרקע משועבדת מוגדרת עדיין כמוחזקת, ובחוב למלך כ'ראוי' למעט מציאות שהמלך נוהג להשכיר עד שיפרעו לו.
**הפת"ש (ט) הביא את דברי הקהלת יעקב** (סימן ה) שכתב שאב שהשאיר בית חומה שעומדת בדמי קדימה (זאלג) עבור אדון אחד ששכר כמה כפרים מהקיסר, בית החומה נחשב כ'מוחזק' ואין זה דומה לשעבוד המלך המבואר בגמ' שמוגדר כ'ראוי' וזאת אף אם יתברר שחוק המלך הוא להיות ה"זאלאג" נחלט לגמרי בבוא הזמן, 'מ"מ כיון שידוע שעתה חק המלך לגבות ע"פ השומא בדקדוק כפי דמי החוב המגיע למלך, פשוט דאין זה רק כגביית חוב בעלמא, וכל כמה דלא מטי זימניה ולא נגבית ברשותא דמרא קיימא, דקי"ל [פסחים ל:] בעל חוב מכאן ולהבא הוא גובה כו' עי"ש.

לשון השו"ע:

**יצא עליהם שטר חוב, בכור פורע בו פי שנים. ואם אינו רוצה ליטול פי שנים ולא לפרוע פי שנים, רשאי.**

**ונפקא מינה שאם שאר היורשים קטנים, או אינם כאן, שאין בעל חוב יכול לגבות ממנו אלא כפי החלק הפשיטות.**

**ויש מי שאומר שאם רוצה לחזור בו אינו יכול.**

הגה:היו לו קרקעות משועבדים לאחרים מקרי מוחזק.אבל אי חייבים למלך מכח מס, ודרך המלך ליקח הקרקע בעד המס, מקרי ראוי. אבל במקום שאין דרך המלך כך, מקרי מוחזק והבכור נוטל בו פי שנים (נ"י פרק חזקת).
היה לו קרקע מהיום לאחר מיתה, או שנגזל לו קרקע שאינה נגזלת, ואפילו נגנבו לו ספרים שמסתמא אינו מייאשם, מקרי מוחזק (נ"י ומרדכי ריש פרק יש נוחלין).

# סימן רעט

## דין האומר זה בני או אחי או עבדי וחזר ואמר איפכא ובו ו סעיפים:

## סעיף א

**מוריש האומר זה בני**

לשון המשנה בב"ב קלד.

האומר זה בני- נאמן.

ובגמרא:

למאי הלכתא?

**אמר רב יהודה אמר שמואל** ליורשו ולפטור את אשתו מן היבום.

ליורשו פשיטא?

לפטור את אשתו מן היבום אצטריכא ליה.

הא נמי תנינא... התם דלא מוחזק לן באח הכא אף על גב דמוחזק ליה באח.

**המשנה מבארת** שאדם נאמן להעיד על אדם שהוא בנו בכדי שיירש אותו.

**הגמרא שואלת** שלכאורה לעניין ירושה אין שום חידוש בזה, ולכן מבארת שהחידוש הוא שנאמן גם לעניין שתפטר מן היבום כשטוען שיש לו כבר בן ממנה, ואע"ג שאנו מוחזקים שיש לו אחים שיכולה ליבמה.

**נחלקו הראשונים,** מדוע הגמרא הניחה שזה כה פשוט שלענין ירושה נאמן האב לומר שזהו בנו:

- **הרשב"ם התוספות** (ב"ב קלד: ד"ה 'ליורשו')**ורבינו יונהסברו** שכל נאמנותו של האב הינה מכוח מיגו שיכל לתת לו במתנה, ולכן נאמן רק על נכסים שהיו לו באותה שעה [ואין לדמות זאת לכך שנאמן לומר שבנו בכור לעניין חלק בכורה אף לגבי נכסים שיפלו לאחר מכן, משום שבזה יש לימוד מיוחד של דין 'יכיר'], ובאמת בזה אין כלל חידוש שהרי יש לו מיגו.
- **הרא"ש**(ב"ב ח, לט)**הביא שרבינו מאיר השיג על שיטה זו וכתב** שפליאה גדולה לומר שהאב אינו נאמן להוריש לבנו אלא אם כן יש לו מיגו, שלפי זה יוצא שהבא ממדינת הים עם בנו ואמר שהוא בנו, לא יירש הבן הזה בנכסים שייפלו לו לאחר מכאן.

  **על כן פירש רבינו מאיר** שקושיית הגמ' היא שלענין ירושה פשוט שנאמן ואין צורך למשנה זו, שהרי כבר מבואר במשנה בקידושין (סד.) שנאמן האב לגבי הבן, ופשוט שלכל הפחות נאמן לגבי ממון כלומר לגבי ירושה, אף שלגבי איסור של יבמה היה מקום לדון[140].
- **אף הרשב"א כתב כדברי רבינו מאיר** שהאב נאמן לומר שבנו יורשו אף ביחס לנכסים שעוד לא נפלו לו באותה שעה, והוכיח כן מהברייתא בב"ב קכז: שם מבואר שנאמן לומר בני ואינו נאמן לחזור ולומר שהוא עבד (ויתבאר דין זה לקמן בסעיף ג),

  **וביאר הרשב"א שקושית הגמרא היא** שזהו דבר פשוט שיכול אדם לומר על אדם שהוא יורשו ואין כלל צורך בלימוד בעניין זה,ואם לא תאמר כן, וכי מי שבא ממדינת הים ויש לו קרובים כאן, ואמר "זה בני", לא יהא נאמן להורישו? ודוקא לעניין בכור נצרכנו ללימוד מיוחד משום ששם כל האחים מוחזקים כבר בנחלה ובא להרבות חלק אחד מהם, אך כאן נאמן, אע"פ שידוע ששאר האחים הם בניו (נראה לישזאת משום שאותו האח עדיין אינו מוחזק בכלום)

**יוצא שלשיטת הרשב"ם תוספות ורבינו יונה,** נאמנות האב על ירושת בנו היא דווקא בנכסים שיש לו כעת.

**ואילו לשיטת הרא"ש בשם רבינו מאיר והרשב"א** נאמן האב על ירושת בנו אף על נכסים שיפלו לו לאחר מכן.

**הטורפסק כדברי רבינו מאיר והרשב"א** שהאב נאמן לומר מי בנו אף לגבי נכסים שעוד לא נמצאים לפניו.

**הב"י כתב שנראה שזוהי גם כן דעת הרמב"ם**(נחלות ד, א) משום שסתם וכתב שהאב נאמן לומר מי הוא בנו לעניין ירושה, ולא סייג זאת דווקא לגבי נכסים שכבר בידו.

**השו"ע** סתם כלשון הרמב"ם.

**והרמ"א כתב במפורש**שהאב נאמן אף ביחס לנכסים שעוד לא נפלו לו.

**ר' עקיבא איגר כתב בשם מהרשד"ם**(חו"מ סימן שו)שהיות ודין זה נתון במחלוקת ראשונים, לא יוכל אותו אדם שהעיד עליו האב שהוא בנו ליטול מהנכסים שנפלו לאחר עדות זו ולהוציא מהיורשים המוחזקים בזה, ואף כשיש ספק מתי נפלו הנכסים, איננו אומרים 'כאן נמצא- כאן היה', אלא מספק משאירים את הנכסים ביד היורשין הודאיים.

---

[140] ולכאורה יש בזה דוחק שהיה לגמרא לומר 'תנינא ולא פשיטא וכפי שהקשתה בדף זה בהמשך לעניין יבום ודוק.

## האם נאמן מוריש להעיד על אדם שהוא יורשו כשאינו בנו כגון אחיו או דודו?

**כתב הרמב"ם** (נחלות ד, א) : 'האומר זה בני או זה אחי או זה אחי אבי או שאר היורשין אותו, אף על פי שהודה באנשים שאינן מוחזקין שהן קרוביו הרי זה נאמן ויירשנו'.
כלומר, סבר הרמב"ם שכל מוריש נאמן לומר מי הוא מורישו,**וכן פסק השו"ע.**
**המגיד משנה** כתב שדינו של הרמב"ם פשוט שהרי אם היה רוצה היה יכול לתת מתנה (ומשמע שכל נאמנותו הינה מכוח מיגו בלבד ויתבאר לקמן בפסקא הבאה)

## מהו הטעם של השיטות הסוברות שנאמן אדם להעיד על בנו גם לעניין נכסים שיפלו?

**כפי שהבאנו לעיל נראה שהרמב"ם ובעקבותו השו"ע והרמ"א סברו** שנאמן אדם להעיד על בנו גם ביחס לנכסים שאינם לפניו, ועוד עולה מהרמב"ם שלכאורה נאמנות זו נכונה גם כאשר מוריש מעיד כן על יורש שאינו בנו כגון אח או בן דוד.
**ועניין זה צריך ביאור** : מכוח מה נאמן אדם להעיד על פלוני שהוא יורשו, והרי בגמרא בדף קכד : עולה שללא החידוש של דין 'יכיר' לא היה אדם נאמן להעיד על בנו שהוא בכורו ביחס לנכסים שאינו בידו כעת משום שבזה אין לו מגו שיכל לתת לו במתנה, וא"כ כיצד נאמן להעיד על מי שלא ידוע שהוא בנו, שהוא אכן בנו, שאלה זו קשה עוד יותר ביחס לנאמנות על אחיו או דודו וכיוצא בזה[וכעין זה הקשה הלחם משנהנחלות ד, א].
**ומצינו בזה גישות שונות:**

- **כבר הבאנו שהרשב"א**[וכ"כ הריטב"א]**ביאר** שזוהי סברא פשוטה שנאמן אדם לומר על בנו שהוא בנו, וכל הצורך בלימוד הוא דווקא בבכור, משום שהוא בא להמעיט לאחד ולרבות לאחר.
  **הרב אריאב עוזר**[141] **ראש ישיבת איתרי צידד בביאור זהוחיבר את דברי הרשב"א לדברי התשב"ץ**(א, נח)שכתב שהמוריש נאמן לומר מי הוא יורשו, משום שברגע שמתנהג עליו כיורשו הרי הוא מחזיקו כיורש.
- **הקצות (ב) ביאר** שאכן מדין הש"ס לא היה האב נאמן על כך שהרי אין לו מגו, ואף שיכול להתחייב לשעבד לו כל נכסיו, אין זה מועיל מהתורה, משום שקנין 'דאיקני' אינו מועיל מהתורה. והרמב"ם דיבר כיום ש'קנין דאקני' מועיל, ולכן נאמן מכוח מיגו שיכל לשעבד לו כל נכסיו.
  **הנתיבות (ב)**[142] **כתב שלפי זה יוצא** שלא יכול ליטול בנכסים שנפלו לאחר מות האב, משום שבזה יכולים היורשים לומר שיורשים מכוח אבי אביהם ולא יכל בעל החוב לגבות את החוב מהם.
- **השב יעקב**(אבן העזר סוף סימן ג כך הביאו האנציקלופדיה התלמודית)**והקובץ הערות**(כא, כא)**סברו** שנאמן האדם מדין הודאת בעל דין , ועל אף שחב בזה ליורשיו, וביאר הקובץ הערות שדווקא לעניין בכור יש צורך בלימוד משום ששם הבנים הם אלו שמחוייבים לתת חלק בכורה, ובזה בהודאת האב הוא מחייב את יורשיו ואין ביכולתו לעשות כן.
- **ערוך השולחן** (ב-ג) שהנאמנות לומר שהוא בנו, הינה מדין 'יכיר', ובאמת אינה שייכת לנאמנות המוריש ביחס לשאר יורשיו שאינה מועילה אלא מדין מיגו, ולכן לא תועיל לנכסים שלא היו באותה שעה, וכתב ערוך השולחן שאף הרמ"א שכתב שנאמן לגבי נכסים שיבואו אח"כ התכוון דווקא לנאמנות לומר שהוא בנו ולא לנאמנות אחרת, והביא שכן כתב הגר"א (א) שנשאר בזה בצ"ע על הרמ"א עי"ש.
- **הלבוש כתב (א):** 'כשם שהאמינה התורה לאב להכיר את שהוא מוחזק שהוא בנו לומר עליו שהוא בכורו לתת לו חלק בכורתו דכתיב את הבכור יכיר, כן נאמר הוא הדין שיהא נאמן לומר על אחר שאין מוחזק לבנו לומר עליו שהוא בנו לתת לו ירושתו, והוא הדין על אחר לומר עליו שהוא אחד משאר קרוביו הראוי לירש אותו ליורשו, דמאי שנא'. ויוצא שהבין שהתורה האמינה לכל מוריש לומר מי הוא יורשו.

[שאלה זו בדבר הטעם לכך שנאמן אדם להעיד על מי שאינו מוחזק כבנו או יורשו שהוא בנו או יורשו, עלולה להשפיע אף על השאלה, האם נאמן אדם לומר על אדם מסויים שהוא בנו או יורשו אף כנגד חזקה, ודיון זה יובא להלן בפסקא הבאה].

---

[141] http://beinenu.com/sites/default/files/alonim/80_49_72.pdf

[142] הביא שכדברי הקצות כתב התומים בסימן ס ס"ק יא, ומעיון קל נראה שהתומים לא כתב כן, אלא רק ביאר מדוע הגמרא אמרה שללא דין יכיר לא היה האב נאמן לומר שבנו בכור ביחס לנכסים שעוד לא נפלו לו, ומדוע אין לו מיגו שיכל להתחייב ולשעבד אף דברים שאינם בעולם, אך לא כתב שהרמב"ם סבר שכן יכול מכוח שכיום יש 'דאיקני' עי"ש.

## האם נאמן לומר על אדם שמוחזק שאינו בנו שהוא בנו?

**בעניין נאמנותו של אב לומר על בנו שהוא בכור-** התבאר בסימן רעז סעיף יב שלהלכה נפסק כדעת ר' יהודה שנאמן האב אף כנגד מוחזקות.
**ושם מבואר שלדעתרשב"ם**(ב"ב קכז. ד"ה 'היו מוחזקין')נאמן האב דווקא כנגד חזקה שיצאה בקול ולא כנגד עדים המעידים שהוא בכור.
**ולדעת הרמב"ן והר"ן**(ב"ב קכז. ד"ה 'היו מוחזקים')נאמן האב אף כנגד עדים, ושם דיברו במציאות שהעדים מעידים שהאחד גדול מחבירו, והאב טוען שהגדול אינו בנו כלל, וממילא הקטן ממנו הוא הבכור [ונחלקו האחרונים האם לדעתם נאמן האב אף כנגד עדים כשסותר את עדותם באופן ישיר(רדב"ז א תקמו,מהר"י בן לב א, סד) או רק במציאות זו שאינו סותר באופן ישיר (מהרשד"ם חו"מ סימן שד)]
**ביחס לנאמנות על אדם שאינו מוכר כבנו או יורשו פסק הרמב"ם ובעקבותו השו"ע** שמועילה הודאתו של האב לומר על אדם שאינו בנו 'אף על פי שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרוביו'.
**ודייקו הקצות והנתיבות**מלשון הרמב"ם שדווקא כשלא הוחזק שהוא בנו- נאמן, אך כשמוחזק שאינו בנו אינו נאמן[143].
**כפי שציינו בפיסקא הקודמת הקצות הבין** שסיבת הנאמנות של האב לומר על שאינו מוחזק כבנו שהוא בנו, היא מכוח מיגו, ולפי זה הבין שהסיבה שאינו נאמן כשכבר הוחזק שהוא לא בנו, היא משום שמגו לא מועיל כנגד החזקה.
**והעיר הקצות (א) שנראה שהר"ן**(קידושין כח. בדפי הרי"ף)**והמגיד משנה**(יבום ג, ה) **חולקים וסוברים** שנאמן אדם להעיד על קרוביו אף כנגד החזקה, ולמד כן מכך שכתב הר"ן שנאמן אדם לומר שיש לו בנים ולפטור את אשתו מן היבום לכשימות, וזאת אף במציאות שמוחזק שיש לו אחים והם היו אמורים ליבמה, וביאר הר"ן שאע"פ שבדרך כלל מיגו לא מועיל כנגד החזקה, כאן זה מועיל, משום שבידו היה לגרשה ולפוטרה מן היבום, ולמד מכך הקצות שכל שבידו לעשות נאמן אף במגו כנגד חזקה, ולכן היות ויכול להתחייב ולשעבד נכסיו כפי שביארנו לעיל, אז הוא יכול גם להעיד על המוחזק שאינו בנו שהוא בנו. והמ"מ כתב שנאמן לומר שאין לו בנים גם כשהוא מוחזק שיש לו.
עוד הביא הקצות שהטור באבן העזר בסימן קנז הביאה דיעה הסוברת שנאמן אדם לומר שאין לו אחים ובכך לפטור את אשתו מן היבום, על אף שהוא מוחזק כמי שיש לו אחים, ועדות זו הינה סותרת חזיתית את החזקה.
**הנתיבות (א) העיר שדברי הקצות אינם מדויקים**משום שהר"ן קיבל את עדות הבעל כנגד חזקה רק כשאינה סותרת ממש את החזקה וביאר שאף שאומר שאין לו אחים כשמוחזק שיש לו, אין זה סותר משום שיתכן שכבר מתו, אבל באמת לא יהיה נאמן לומר על מי שמוחזק כאחיו שהוא אינו אחיו.
**אך הודה הנתיבות שאכן הרז"ה** (קידושין כז :) **סבר** שנאמן גם כשסותר ממש את החזקה, אך כתב הנתיבות שדעת הרז"ה הינה דעת יחיד.

## המעיד על פלוני שהוא קרובו ובאותה שעה אינו ראוי ליורשו

**הריב"ש**(סימן מז) **ביאר בדעת הרמב"ם** שנראה שלא תועיל הודאת אדם על פלוני שהוא קרובו כאשר באותה שעה לא היה ראוי ליורשו משום שהיה אחר קרוב יותר ורק לאחר מכן מת זה שקרוב יותר, משום שכשהעיד כן, לא הייתה לזה השלכה להלכה 'וכל מילתא דלא רמיא עליה דאינש אמר ולא אדעתיה'- כלומר האדם אינו זוכר ומדקדק בדברים שאין עליהם השלכה מעשית.
**אמנם התשב"ץ**(חלק א סימן נח) **השיג עליו**וכתב שאף במקרה זה יש להאמין לדברי המוריש, משום שאין צורך בזה לעדות, אלא רק ליצור חזקה, (וכפי שהבאנו בשמו לעיל) והוכיח ממספר מקרים בגמרא שבשביל להחזיקו די במסיח לפי תומו , וכן הסכים המהרש"ך (חלק ב סימן צד).
**אמנם הקצות בסימן רפד (א) כתב שהעיקר כדעת הריב"ש**, וזאת לשיטתו של הקצות שהנאמנות של המוריש היא מכוח מגו בלבד, ובדרך שיחה לא שייך מגו, וכתב שכל ההוכחות של התשב"ץ מהגמרא שדרך שיחה מועילה, זה דווקא במקומות שהנאמנות היא מכוח דין 'יכיר'.
**לעומתו הנתיבות בסימן רפד (א) צידד בדעת התשב"ץ** ועל אף שהסכים עם הקצות שהנאמנות במקרה הינה מכוח מגו וכמבואר לעיל, מכול מקום הוא סבר שאין לחלק בזה, משום שאם היינו סוברים שהאדם לא דקדק בדרך שיחה, זה לא היה מועיל אף מכוח דין 'יכיר', ואם הוא מדקדק יש להאמינו אף מכוח 'מגו'.

---

[143] לכאורה החילוק בזה בין עדות על מי שידוע שהוא בנו למי שאינו ידוע מבואר על פי טעמו של התשב"ץ שהסיבה שהוא נאמן זה מפני שהוא יוצר חזקה, ולכן לכאורה במקום שכבר יש חזקה לא יועיל דברי האב כנגד החזקה (אמנם המעניין הוא שהתשב"ץ עצמו כתב שנאמן המוריש אף על שאינו בנו כנגד החזקה וצ"ע וכבר העירו בזה באנציקלופדיה התלמודית ערך ירושה הערה 1363).
אמנם לפי טעמם של קובץ הערות והשב יעקב שנאמן מכוח הודאת בעל דין, לא מובן מדוע שלא תועיל הודאתו אף כנגד חזקה [ומצאתי שמעין זה העירו באנציקלופדיה התלמודית הערה 1356].
כמו כן אף לפי טעמם של ערוך השולחן והגר"א שסברו שבבן נאמן מכוח דין יכיר, וא"כ בבן היה צריך לומר שיהיה נאמן אף כנגד החזקה, אלא שעל שיטתם אין להקשות שיתכן שאף בדין יכיר אינו נאמן לסתור חזיתית את החזקה וכדעת המהרשד"ם שהבאנו למעלה ודוק.

לשון השו"ע:

**האומר: זה בני וזה אחי, או: זה אחי אבי, או שאר היורשים אותו, אף על פי שהודה באנשים שאינם מוחזקים שהם קרוביו, הרי זה נאמן, ויירשנו.**
**בין שאמר כשהוא בריא, בין שאמר כשהוא שכיב מרע. אפילו נשתתק וכתב בכתב ידו שזה יורשו, בודקים אותו כדרך שבודקין לגיטין[144].**

הגה: ונאמן על כל נכסים, בין אלו שהיו לו בשעה שאומר כך, אפילו נכסים שיפלו לו כשהוא גוסס (טור בשם הרא"ש).

## סעיף ב

### האם נאמן האב לומר על המוחזק כבנו שאינו בנו, ומה הדין בשאר יורשים?

**כתב הרמב"ם**(נחלות ד, ב) שנאמן האב לומר על מי שמוחזק שהוא בנו שאינו בנו, אך לא נאמן המוריש לומר על המוחזק כאחיו או בן דודו שאינו אחיו או בן דודו.

**וביארו המגיד משנה והב"י** שהנאמנות כנגד המוחזקות מועילה רק בבן מדין 'יכיר' ואינה מועילה ביחס לשאר יורשים (ועיין בסעיף הקודם שבארנו זאת ביחס לאומר על המוחזק שאינו בנו או שאינו קרובו שהוא בנו או קרובו, ושם התבאר בהערה 143 שהתשב"ץ סבר שנאמן אף כנגד חזקה, ושהקצות סבר שהר"ן והמ"מ סברו אף הן שנאמן כנגד החזקה מכוח מגו, ולכאורה הוא הדין כאן ולכאורה זוהי סתירה לדברי הקצות שסבר שלדעת המ"מ תועילה נאמנותו במגו אף כנגד חזקה)

### האם נאמן אדם לומר שהמוחזקים כבני בניו אינם בני בניו?

**בגמרא ביבמות**(מז.) **מבואר** שלעניין פסול יוחסין, נאמן האב מדין 'יכיר' לפסול את בניו, אך אינו נאמן במידה ויש לו גם בני בנים, משום שאינו נאמן מכוח דין יכיר לפסול את בני בניו[145].

אמנם לעניין דין בכור כתב הרמב"ם (נחלות ד, ב) בלשון 'ויראה לי' שנאמן לומר על בנו שאינו בנו אף כשהיו לו בני בנים.

**המגיד משנה כתב** שיש ב' סיבות לחלק בין נאמנות על ירושה לנאמנות לגבי יוחסין:

א. כאשר האדם מעיד על בנו שהוא פסול, הוא פוסל את בניו ואין לו נאמנות לכך ולכן אינו נאמן כלל אף לענין בנו, 'אבל לענין ירושה מה להם לבני הבן בירושתו בעוד אביהם קיים'.

ב. אף אם נאמר שיש לבני בניו זכות בירושה, מכול מקום יש לו מגו שיכל לתת את הנכסים לאחר, ואף שמגו זה אינו מועיל ביחס לשאר קרובים, ואינו נאמן לומר על אדם שאינו אחיו במגו שיכל לתת לאחר, זאת משום שאין לו שום תוקף במה שאומר שאינו אחיו וממילא הרי זה כאומר 'אחי הוא ולא יירשני', אבל התורה נתנה לו נאמנות לומר על אדם שאינו בנו, ולכן מכוח המגו נאמן לומר כן אף כשזה משפיעה על בני הבנים.

**המגיד משנה הסיק שמ2 הטעמים הנ"ל עולה** שכל נאמנותו היא משום שהוא מעיד על בנו ולזה יש לו כוח, ולכן במידה שבנו כבר נפטר, וכל עדותו ממוקדת בבני בניו, אינו נאמן כדין האומר על אחיו שאינו אחיו, וכתב המגיד משנה שכן מדוייק גם בלשון הרמב"ם (ואולי דייק כן מכך שהרמב"ם כתב שנאמן לומר עליו, ולא התייחס אם נאמן כשאומר ישירות עליהם עיין בזה ודוק).

**השו"ע פסק כלשון הרמב"ם.**

**והרמ"א הוסיף את דינו של המגיד המשנה** שבמידה ומת בנו והותיר בנים, אינו נאמן לומר שבנו איננו בנו.

**הקצות (ג) כתב** שנראה שכל דברי המ"מ שאינו נאמן להעיד על בני בניו כשמת בנו, זה דווקא במציאות שכבר הוחזק אביהם כבנו, והוא לא נאמן במגו במקום חזקה (לשיטתו שהנאמנות בשאר קרובים היא מכוח מגו) אבל במציאות שיש ספק שקול, נאמן האדם להעיד ולומר שאלו אינם בני בניו מכוח מגו, ובזה כתב לשייב את העולה מהמהרי"ק בסימן קמה שנאמם לומר על בנו שהוא בכור אף לאחר מותו, וזאת משום שבמקרה שלו לא הייתה חזקה, ועוד שהשכנים כבר החזיקוהו כבכור.

**וכתב הנתיבות (ג)** שנראה שאף כשאין חזקה, הוא לא נאמן לומר על בנו שאינו בנו כאשר המשמעות היא שאותו הילד ממזר, שכשם שלא נאמן לעניין הפיכתו לממזר, כן לא מועיל לו מיגו, שאיננו אומרים מיגו גורע לחצאין, ולמד כן מדברי הרמב"ן (ב"ב לג: ד"ה 'אמר רב זבידי') שביאר מדוע האומר בני וחזר ואמר עבדי אינו נאמן לעניין ירושה שלא ירש אותו והרי יש לו מגו שיכול לתת נכסיו לאחר, וביאר משום שאינו נאמן לפוסלו ולהופכו עבד, כך אינו נאמן לעניין בכורה שאיננו אומרים מגו גורע לחצאין.

---

[144] עיין לעיל בסימן רעז סעיף יד בעמוד 79.

[145] ורוב הראשונים הבינו שכשיש בני בנים אינו נאמן אף ביחס לבנו וכן פסק השו"ע באבן העזר סימן ד סעיף כט, וזאת בניגוד לעולה מהשאילתות (וארא שאילתא מא) שלעניין הבן נאמן אף במקרה זה ועיין בישועות יעקב אבן העזר סימן ד פירוש הקצר אות כא.

## האומר על מי שלא הוחזק כבנו שהוא בנו ויש לו עובר

**כתב הנתיבות (ג)** שאדם אינו נאמן לומר על מי שלא הוחזק כבנו שהוא בנו לעניין בנו עובר, משום שבזה אין לו מיגו, שאינו יכול כעת להקנות לעובר את נכסיו.'ודוחק לומר שהיה יכול להקנות לאחר בקני ע"מ להקנות'.

## החזיקו כבנו, אם יכול לומר שאינו בנו

**הפת"ש (ב) הביא את דברי החוות יאיר**סימן צב) **שכתב**שבמציאות שהאבא כבר החזיק אדם כבנו בדברים המוכיחים [כגון במציאות שהייתה לפניו שהיה האב כהן ומעודו החזיקו לבנו שזנו ופרנסו והשיאו והחזיקו לכהן בקריאת ס"ת ראשון ובנשיאת כפים], שוב אינו נאמן לומר שאינו בנו, כדין האומר 'בני הוא' שאינו יכול לחזור בו וכפי שיתבאר לקמן.
**ומבואר בחוות יאיר** שאינו נאמן אף במקום שיש אומדנא חזקה לומר שאומר את האמת כגון שטוען שנתחלף עם בן ישמעאל בלידה ו'מי פתי ימציא ויבדה מלבו להבאיש ריח בנו', ומ"מ אין לדון באומדנא כנגד דברי חז"ל.

## נאמנות האב לגבי בנו ביחס לירושת אחיו, ומה הדין כשהאחים הכחישו שהוא אחיהם ולאחר מותו רוצים לירש אותו?

**החוות יאיר**(סימן רלא) מביא סיפור על משרתת שטענה שנתעברה מבעל הבית העשיר שאצלו עבדה, והוא הכחיש זאת בכל תוקף, והיא המשיכה להתנהג כאילו אותו בן הינו בן העשיר, ואף הבן הנהיג עצמו כבנו ועלה לתורה ונכתב במפה שלו בשם שהוא בן העשיר, ולאחר זמן עבר אותו הבן לעיר אחרת וגידל אותו קצין אחד כאילו הוא בנו ודאג להשיאו אשה, ולאחר זמן שמתה אשתו של הקצין נשא את אמו המשרתת.
ובסוף ימיו הודה הקצין שהוא אביו האמיתי של בן זה, ולא העשיר, והוא רקם את העלילה שתעליל המשרתת שהעשיר הוא אביו של בנו בכדי להוציא ממנו סך רב, ואף אותה משרתת הודתה שהקצין הוא האב האמיתי, ולאחר זמן גדל הבן ונעשה עשיר גדול ומת בלא בנים, ובני העשיר הראשון טענו שהם יורשיו, הואיל והוא אחיהם, ובני הקצין טענו שהם יורשיו הואיל והוא אחיהם.
**ופסק החוות יאיר** שבני הקצין ירשו, משום שיש להאמין לאב הראשון לומר שאינו בנו, שאף במקום שהוחזק כבנו, נאמן לומר שאינו בנו, ואדרבה יש לשתק את בני העשיר בנזיפה על שעוברים בלאו של מקלל אביו שמביישים אביהם וטוענים שהוא נאף אם אותה משרתת, דבר שהכחיש האב כל חייו, ונאמן הקצין לומר שהוא בנו, ואע"פ שבחייו של אותו הבן טענו בני הקצין שאינו אחיהם ושאף אביהם אינו יכול לדעת בוודאות שאכן המשרתת נתעברה ממנו, מ"מ אחר שיצא הדין שהאב נאמן, הם יכולים לומר אחר מותו שהוא אחיהם ולירש אותו, ודימה זאת למבואר בסימן פ סעיף ב שאם אחד האחים אומר שאינו יודע אם אדם אחד הוא אחיהם, הוא יכול לירש אותו. אך כתב החוות יאיר שנראה שם יבוא אחר ויתפוס בנכסי אותו בן, יזכה כדין התופס בנכסי שתוקי כמבואר בסימן רעו סעיף ד.
**וכתב על כך הפתחי חושן**(הלכות ירושה ואישות פרק א סעיף מ ס"ק עד) 'ונראה מדברי החוות יאיר שהאומר זה בני נאמן לעשותו כבנו לכל דבר, גם לגבי ירושת האחים, וצ"ע בטעם הדבר, ואפשר שלכן פסק שמספק דינו כשתוקי, וצ"ע.
**ובשערי יושר**(שער ו פרק יג ד"ה ובירושלמי) **רצה ללמוד מן הירושלמי** שהאב אינו נאמן לומר שהוא בנו לעניין שירש האב את הבן, וכן לעניין שירשו יורשיו את הבן, והביא אפשרות שהרמב"ם לא סובר אך כתב שנראה בפשיטות שאינו נאמן.

לשון השו"ע:

**היינו מוחזקין בזה שהוא אחיו או בן דודו, ואמר: אינו אחי ואינו בן דודי, אינו נאמן. אבל נאמן הוא על מי שהוחזק שהוא בנו לומר: אינו בני, ולא יירשנו. ואפילו היו לבן בנים, אף על פי שאינו נאמן עליו לומר: אינו בני, לענין יחוס, ואין מחזיקין אותו ממזר על פיו, נאמן הוא לענין ירושה, ולא יירשנו.**
הגה: ואם מת הבן ואמר על בני בניו: אין אלו בני בני כי לא היה אביהן בני, אינו נאמן אף על הירושה, מאחר שאין בנו קיים (המגיד פרק ד' דנחלות).

## סעיף ג

## מוריש שטען על אדם שהוא יורשו וחזר בו

לשון הגמרא בב"ב קכז:

**א"ר יוחנן:** אמר בני הוא, וחזר ואמר עבדי הוא - אינו נאמן.

עבדי הוא, וחזר ואמר בני הוא - נאמן, דמשמש לי כעבדא קאמר.
וחילופיה אבית המכס:
היה עובר על בית המכס ואמר בני הוא, וחזר ואמר עבדי הוא – נאמן.
אמר עבדי הוא, וחזר ואמר בני הוא - אינו נאמן.
**מיתיבי:** היה משמשו כבן, ובא ואמר בני הוא, וחזר ואמר עבדי הוא - אינו נאמן;
היה משמשו כעבד, ובא ואמר עבדי הוא, וחזר ואמר בני הוא - אינו נאמן!
**אר"נ בר יצחק:** התם דקארו ליה עבדא מצר מאה.
מאי מצר מאה?
מצר עבדא ק' זוזי.

**ר' יוחנן קבע** שאם העיד אדם על אדם מסויים שהוא בנו, אף אם יחזור ויאמר שהוא עבד, הוא לא נאמן.אך אם אמר בתחילה שהוא עבד, הוא יכול לחזור ולומר שהוא בנו, משום שניתן לפרש שהתכוון בתחלה לומר שהוא משמשו כעבד ולא שהוא באמת עבדו.
ובמדה ועברו ליד בית המכס הדין הפוך: אם אמר שהוא עבדו ולאחר מכן שהוא בנו אינו נאמן, ואם אמר שהוא בנו ולאחר מכן אמר שהוא עבדו נאמן, וביאר רשב"ם שזאת משום שהאדם רגיל לקרוא לעבדו בנו ליד בית המכס, בכדי להפטר ממס.
**הגמרא מקשה על דינו של ר' יוחנן מהמבואר בברייתא** שאם היה משמשו כעבד ואמר שהוא עבדו ולאחר מכן שהוא בנו אינו נאמן, וזה שלא כדברי ר' יוחנן שסבר שיכול לומר שהוא בנו וכוונתו שמשמשו כעבד.
**ותירצה הגמרא** שדברי הברייתא נאמרו ביחס לעבד שהיו קוראים לו 'עבדא מצר מאה'.
**וביאר רשב"ם** שקראו לו עבד השווה מאה זוז, ובזה ברור שהוא עבד, והבדק הבית גרס ברמב"ן שקראו לו בן אמה.
**ברשב"ם ובטור עולה** שמדובר שאנשים קראו לו כך.
**אך מלשון הרמב"ם** (נחלות ד, ג) נראה שהאדון עצמו קרא לו כך.
**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם** לפי גרסתו שקראו בן אמה.
**והעיר הסמ"ע (ח)** שבגרסתנו הרמב"ם כתב בן מאה זוז.

## האומר עבדי וחזר ואמר בנו כשלא שמשו כעבד.

כת**ב הרשב"ם** שאע"פ שלא שימש אותו כעבד רשאי לחזור בו מאמירתו שהוא עבד ולומר שהוא בנו **ובסמ"ע ביאר** שזאת משום שבכוונתו לומר שהוא שומע לו כעבד וקרוב לכל צרכיו ובקשתו שביקש ממנו.
**הרמב"ם והשו"ע** כתבו שנאמן לחזור ולומר שהוא בנו 'אף על פי שמשמשו כעבד'.
**וכתב הסמ"ע (ז)** שמכול מקום אף הם מסכימים שגם כשלא שמשו כעבד נאמן לחזור בו.
**וכן הסכים הש"ך (ב)** וכתב שהב"ח לא דקדק בזה.

## האם נאמן לחזור בו מבן לעבד תוך כדי דיבור?

**הרשב"ם כתב** שכשאינו נאמן לחזור בו- הוא לא נאמן אף תוך כדי דיבור.
**אך הטור חלק וכתב** שמסתבר שנאמן לחזור בו תוך כדי דיבור.
**הסמ"ע (ו) כתב** שנראה שאף דברי הטור לא נאמרו אלא כשמעיד שהוא בנו ונולד מהשפחה ולכן הוא עבד, אך פשוט שאינו נאמן לומר שאינו בנו ולפוסלו, שלא האמינה תורה אלא בנו(ועיין בסעיף הבא לסתירה בדברי הסמ"ע).
**השו"ע והרמ"א לא התייחסו למחלוקת זו.**
לשון השו"ע:

**האומר: זה בני, וחזר ואמר: עבדי הוא, אינו נאמן. אמר: עבדי, וחזר ואמר: בני, אף על פי שהוא משמשו כעבד, נאמן, שזה שאמר: עבדי, לומר שהוא לו כעבד. ואם היו קורים לו עבד בן אמה וכיוצא בדברים אלו שאין אומרים אותם בייחוד אלא לעבדים, אינו נאמן.**

## סעיף ד

## העובר ליד בית המכס ואמר שהוא בנו וחזר ואמר שהוא עבדו וכן להיפך

**הבאנו בסעיף הקודם את דברי ר' יוחנן שקבע** שאדם שעבר ליד בית המכס ואמר על אדם שהוא עבדו ולאחר מכן חזר ואמר שהוא בנו- אינו נאמן.
ואם אמר שהוא בנו ולאחר מכן אמר שהוא עבדו נאמן.
**וביאר רשב"ם** שזאת משום שהאדם רגיל לקרוא לעבדו בנו ליד בית המכס, בכדי להפטר ממס.

וכתב הטור בשם הרמ"ה שדין זה נכון רק במידה ולא הוחזק שאמו יהודיה, אך כשהוחזק שאמו ישראל, שאין בידו לומר על שאינו בנו ולפוסלו, שרק לאב נתנה נאמנות זו.
**השו"ע פסק** כדברי הגמרא ובסיוגו של הרמ"ה.
**הסמ"ע כתב (ט)** כתב שנראה שמציאות שאינו מוחזק כבנו, נאמן לומר שהוא עבד מכיוון שלא היה לזה חזקת כשרות ורק נתגדל בביתו.
[ודבריו אלו סותרים לכאורה לדבריו בס"ק שהובאו בסעיף הקודם שכתב שרק כשטוען שהוא בנו מן השפחה נאמן, ואינו נאמן כלל כשטוען שאינו בנו, ובהגהות והערות על הפרישה [יא] השאירו סתירה זו בצ"ע].
**עוד ביאר הסמ"ע (יב)** שלעולם אינו יכול לפסול את בנו אלא כשטוען שבנו הוא, אלא שנולד מאשה פסולה ולא מאשתו, אך אינו יכול לטעון שהוא ממזר משום שאינו בנו שלא האמינתו תורה אלא בבנו, וכן אינו יכול לטעון שהוא ממזר משום שאשתו ממזרת, משום שאין לו נאמנות לפסול את אשתו. וכן אינו יכול לטען שבנו ממזר משום שהוא מממזר שאמו ממזרת שאינו יכול לפסול את אמו, והאריך בזה.
לשון השו"ע:

**היה עובר על בית המכס ואמר: בני הוא זה, וחזר אחר כך ואמר: עבדי הוא, נאמן, שלא אמר: בני, אלא להבריח מהמכס.**
**אבל אם אמר בבית המכס: עבדי הוא, וחזר ואמר: בני הוא, אינו נאמן. והני מילי דלא אתחזק אמיה בבת ישראל, אבל אתחזק אמיה בבת ישראל לאו כל כמיניה לומר: עבדי הוא.**

## סעיף ה

### כיצד מכנים עבד?

לשון הגמרא בברכות טז:

תניא אידך: עבדים ושפחות אין קורין אותם אבא פלוני ואמא פלונית, ושל רבן גמליאל היו קורים אותם אבא פלוני ואמא פלונית. מעשה לסתור? - משום דחשיבי.

מבואר בגמרא שאין לקרוא לעבדים ושפחות 'אבא פלוני' או 'אמא פלונית', ורק כאשר העבדים חשובים ניתן לקרוא להם כך.
**וביאר הרמב"ם**(נחלות ד, ה): שהטכם שאין להם קוראים להם כך, הוא בכדי 'שלא ימצא זה הבן נפגם' (וביאר הסמ"ע (יד) כלומר שזה שקורא להם אבא ייחשב כבנם ויפגם)אך במקרה שהעבדים חשובים וכולם מכירים אותם, אין לחוש לזה.
לשון השו"ע:

**העבדים והשפחות אין קורין להם אבא פלוני ואימא פלונית, שלא יבא מהדבר תקלה ונמצא זה הבן נפגם. לפיכך אם היו העבדים והשפחות חשובים ביותר ויש להם קול, וכל הקהל מכירים אותם ואת בניו ועבדי אדוניהם, כגון עבדי הנשיא, הרי אלו מותר לקרות להם אבא ואימא:**

## סעיף ו

### האם בנו מן השפחה יורש?

לשון המשנה ביבמות כב.

מי שיש לו בן מכל מקום - פוטר אשת אביו מן היבום, וחייב על מכתו ועל קללתו, ובנו לכל דבר, חוץ ממי שיש לו בן מן השפחה ומן העובדת כוכבים.

**מבואר ממשנה זו** שבנו מן השפחה אינו חשוב כבנו, וזאת משום שהוא מיוחס אחר אמו ואינו חשוב כיהודי.
**אמנסהרי"ף כתב** שיש מרבוותא ובינהם רב נטרונאי שסברו שבנו אינו מיוחס אחריו דווקא כשבא על שפחה שאינו שלו, אך בבא על שפחתו- בנו הוא לכל דבר משום שאנו מניחים שהוא שחרר אותה קודם שבא עליה.
**והביא הרי"ף שגאון אחר מסופק בזה** ולכן הסיק שלענין איסורין יש ללכת לחומרא, ולענין ממון לקולא ולא יורש אותו, אך גם הוא אינו קנוי ליורשים[146].

---

[146] מעיון בתשובות הגאונים עולה תמונה קצת שונה, ואצטט מסיכומו של ר' דניאל ווסטברוק:
**הגאונים רב שרירא ורב האי כתבו בתשובותיהם** (שערי צדק ח"ג שער א סימן יז, שער ו סימן טו) **שהבן הוא כבן חורין חוץ מהדינים המופיעים במשנה, אלא שמבואר בגמרא שם ש'לכל דבר' בא לרבות ירושה.**
**ורב נטרונאי** (שם שער ו סימן לח) **כתב ששומעים לטוען ששיחרר את שפחתו מעיקר הדין, כדאיתא בגיטין מ שאדון הכותב שטר קידושין לשפחתו, תצא לחירות. וחילק שאם האדון הוא ת"ח די לנו משהוא יודע** (נראה שר"ל שתולים שהוא יודע איך משחררים)**, ואם עם הארץ הוא צריך לברר עמו ששיחרר כדין, ואם אמר שכן מאמינים לו.**

**הרמב"ם**(נחלות ד, ו) הכריע שבעקרון בן מן השפחה אינו מיוחס אחר אביו, אך במידה ואביו ת"ח וטוען ששחררה קודם שבא עליה- נאמן אך דווקא לענין ירושה, ואם הוא משאר הדיוטות, אינו נאמן על כך, וכתב שזהו הדין שנראה לו ע"פ עיקרי הקבלה.
**אך הביא הרמב"ם**ש'יש מי שלא חלק בין כשרים לשאר העם, לעניין שלא ימכרוהו אחיו בלבד'. ויש מי שהורה שאפילו ליורשו לא נחלוק בישראל.
וסיים הרמב"ם: 'אין ראוי לסמוך על דבר זה'.
**המגיד משנה ביאר** שהסיבה שלדעת הרמב"ם ת"ח נאמן לומר שהוא בנו לעניין ירושה, היא משום שיש לו חזקת כשרות וגם מגו שיכל לתת לו נכסיו [אלא שלפי זה צריך לומר שלדעת הרמב"ם לא יהיה נאמן לענין נכסים שיפלו לו, וזהו דוחק כמבואר בסעיפים לעיל והיד פשוטה ביאר שמעיקר הדין נאמן הוא, ורק לעניין יוחסין החמיר משום ש'מעלה עשו ביוחסין' [מדברי ר' דניאל ווסטברוק]
**הרא"ש** (יבמות ב, ג)**כתב** שהעיקר כדברי רב נטרונאי שבן הבא משפחה שלו מוגדר כבנו.
**הרא"ש הביא ראיה להכרעה זו מהגמרא בגיטין**(לט:)שדנה האם עבד שנשא אשה בפני רבו- יצא לחירות, משום שאנו מניחים שלא יתן לו לחיות עמה באיסור, ושם הקשה ר' יוחנן שמבואר לדעת חכמים אף אם אם כתב שטר אירוסין לשפחתו היא אינה משוחררת, ולא יתכן שהאדון מוכן לעבור איסור בעצמו ולא לתת לעבדו לעבור איסור, ותירצה הגמ' ששם מדובר שאמר צאי והתקדשי בו ולדעת חכמים אין בלשון הזה לשון שחרור, ומשמע שכשלא אומר בלשון זו, ודאי שכוונתו לשחררה בכדי לא לעבור איסור.
**וכתב הרא"ש** שאין לחלק בין בא עליה דרך נישואין ובין בא עליה דרך זנות.
**אך המגיד משנה כתב** שאכן הרמב"ם חילק בין בא עליה דרך נישואין לבא עליה שלא דרך נישואין[147].
**השו"ע פסק כרמב"ם** שרק ת"ח נאמן לומר ששחררה, וגם זה רק לעניין ירושה.
**והרמ"א כתב שיש אומרים** שאשת האב חולצת ולא מתייבמת, ויש אומרים שלעניין ממון המוציא מחבירו עליו הראיה וכתב הרמ"א שכן נראה לו.
**בפשטות,** שני היש אומרים הללו הינם דעת הגאון אחר שברי"ף שבאיסור הולכים לחומרא ובממון לקולא, אך הרמ"א הציגם לכאורה כב' שיטות.
**וכתב הסמ"ע (יח)** שכוונת הרמ"א שלדעת היש אומרים הראשון הולכים לחומרא רק לעניין איסור, ולעניין ממון יש להחשיבו כיורש ואילו לדעת היש אומרים השני, אינו יורש משום ש'המוציא מחבירו עליו הראיה'.
**והעיר הסמ"ע שבטור משמע** שזו דיעה אחת וכשם שחוששים לאיסור, כך אינו יורש.
**וכתב הסמ"ע שדוחק לבאר בדברי הרמ"א** שלדעת היש אומרים השני אנו מסופקים רק לעניין ממון, אבל לעניין איסור היא מתייבמת ומניחים בודאות שאינו בנו וזאת כשיטה הראשונה שדחה הרמב"ם. שא"כ לא היה לו לרמ"א לפסוק כדעה הזאת שהיא נגד כל הראשונים, **ונשאר הסמ"ע בצ"ע.**
**הש"ך (ד)ביאר בדעת הרמ"א שהדיעה הראשונה סוברת** שלענין ירושה הוא נחשב כספק, ולכן רק ביחס לאחיו הוא אינו יורש משום שהוא ספק והם ודאי, אך ביחס לשאר יורשים כגון אחי האבא, הוא חולק עמם בירושה משום ששניהם נחשבים כספק. ואמנם לדעת ה'יש אומרים' השני לעולם אינו יורש (באפשרות השניה, ובראשונה משמע להיפך) וסמך דבריו כל דברי מהר"י בן לב (חלק ד קונטרס עניינים סימן י) שחילק לעניין ירושה בין המציאות שיש עוד אחים מלבד בן השפחה למציאות שאין, עי"ש.
לשון השו"ע:

**מי שהיה לו שפחה והוליד ממנה בן והיה נוהג בו מנהג בנים, או שאמר: בני הוא ומשוחררת היא אמו, אם תלמיד חכם הוא או אדם כשר שהוא בדוק בדקדוקי מצוה, הרי זה יירשנו. ואף על פי כן איננו נושא בת ישראל עד שיביא ראיה שנשתחררה אמו ואחר כך ילדה, שהרי הוחזקה שפחה בפניו. ואם משאר הדיוטות הוא, ואין צ"ל אם היה מהמפקירין עצמם לכך, הרי זה בחזקת עבד לכל דבר, ואחיו מאביו מוכרים אותו. ואם אין לאביו בן חוץ ממנו, אשת אביו מתייבמת.**

הגה: ויש אומרים דחולצת ולא מתייבמת (טור). ועיין בא"ע סימן קצ"ו. ויש אומרים דלענין ממון, המוציא מחבירו עליו הראיה (טור), וכן נראה לי.

---

[147] כתב ר' דניאל ווסטבורק: יש להעיר שמדברי הרמב"ם בהלכות עבדים (ו, ח) נראה שסובר שגם המקדש את שפחתו לא תצא לחירות, ודלא כמו שדחקו הכ"מ והלח"מ שם. וכ"כ המרכבת המשנה בהלכות גירושין (י, יט), אלא שהוסיף שמ"מ כופים את האדון לכתוב גט שיחרור כמו באדון המשיא בת חורין לעבדו. שלפי גירסת הרי"ף והרמב"ם בכל הסוגיא שם לא תולים שכבר כתב גט שיחרור, רק שהפקיר את שיעבודו הממוני על העבד ולכן כופים אותו לכתוב גט שיחרור עכשיו (אי"ה כ"ז יתבאר יותר בהלכות עבדים). ולא הוצרך לפרש א"ז מכיוון שכתב כן בפ"ח הי"ז לגבי כל אדון שהוציא דברים מפיו שמשמעותם היא שלא נשאר לו שום שיעבוד.

# סימן רפ

## אמר אחד: זה אחינו, או שבא אחד ואמר: אני אחיך, ובו יב סעיפים:

[סיכום מתומצת]

## סעיף א

### כיצד מחזיקים אדם כיורש?

לשון השו"ע:

**כל היורשים יורשין בחזקתן.**

**כיצד?**

**עדים שהעידו שזה מוחזק לנו שהוא בנו של פלוני או אחיו, אף על פי שאינם עידי ייחוס ולא ידעו אמיתת היחוסים, הרי אלו יורשים בעדות זו:**

**כך פסק הרמב"ם** (נחלות ד, ז)

**וכתב המגיד משנה** שכן מפורש בהרבה מקומות,'ועיקר דין החזקה פרק עשרה יוחסין(קידושין עט:-פ.)**ומפורש בתוספתא**(ב"ב ח, ה): 'שנים שהיו באין ממדינת הים אף על פי שמשאן ומתנן ומאכלן ומשקן כאחד מהן אין חבירו יורשו ואם היה נוהג עמו משום אחוה יורשו'.

### האם עד אחד נאמן להעיד על אדם שהוא יורש שאין חזקה?

**בסימן רפד פסק הרמ"א על פי הריב"ש**(סימנים מו-מז) שעד אחד אינו נאמן על קורבה במקום שאין חזקה, **והעיר הש"ך** (סימן רפד ס"ק ב) שכן מפורש בכתובות קז. שאין היורשים יורדים לנחלה ע"פ עד אחד המעיד שמת המוריש.

### הטוען אני אחיכם ויש עדים שמזהים שהוא אחיהם ע"פ קולו

**הפת"ש הביא (א) את דברי עבודת הגרשוני** (סימן קי)**שכתב** שאין בעדות עדים המעידים על אחד שהוא אחי היורשים מכוח טביעת קול בלבד, בכדי להופכו ליורש, ועל אף שבדרך כלל סומכים על 'טביעות עינא דקלא'(כמבואר בחולין צו.), כאן יש ריעותא מכך שלא מכירים את הפרצוף(ואין זה מועיל שיצא בלא חתימת זקן וחזר עם חתימת זקן).

## סעיפים ב- ה

### נאמנות אדם על אחיו לעניין ירושה ודינם של האחים המכחישים

לשון המשנה בב"ב קלד.

מתני'. האומר זה בני - נאמן, זה אחי - אינו נאמן, ויטול עמו בחלקו. מת - יחזרו נכסים למקומן. נפלו לו נכסים ממקום אחר - יירשו אחיו עמו.

ובגמרא קלד:

זה אחי - אינו נאמן.

**ואידך מאי קאמרי?**

אי קאמרי אחונא הוא, אמאי יטול עמו בחלקו ותו לא?

אלא דקא אמרי לאו אחינו הוא.

**אימא סיפא:** נפלו לו נכסים ממקום אחר - יירשו אחיו עמו, הא אמרי ליה לאו אחונא הוא!

**לא צריכא** דקא אמרי: אין אנו יודעין. אמר רבא, זאת אומרת: מנה לי בידך, והלה אומר איני יודע - פטור!

אביי אמר:לעולם אימא לך: חייב, ושאני הכא, דכמנה לאחר בידך דמי.

**מבואר במשנה** שאם אחד היורשים [כגון אחד מבני המוריש] טוען שיש עוד אדם שראוי לירש עמהם ושהוא אחיהם, הוא לא נאמן ביחס לאחרים, אך הוא עצמו מחוייב לחלוק עם אותו איש כטענתו שהוא אחיו.

**לדוגמא:** אם יש שני אחים יורשים, ועוד אחד אחר שאחד מהם טוען שאף הוא אחיהם, אז חוצים שני האחים את חלק אביהם, חצי אחד הולך לאח שמכחיש שהאחר אחיו, וחצי השני הולך לאח שמודה שהאחר אחיו, ומתוכו הוא נותן ל'ספק' שליש מתוך נכסיו, משום שלטענתו מגיע לו עוד שליש מחלק האח השני.

במידה ומת אותו הספק, חוזר אותו שליש לאח שטען שהוא אחיו, שהרי אם ירצה האח השני לטעון שאכן הוא אחיו, מכול מקום הוא כבר ירש אותו באותו שליש שלא הביא לו מנכסי האב,

אך אם יש לאח ה'ספק' ירושה ממקום אחר, כל האחים חולקים בזה יחד, משום שלטענת זה שטען שהוא אח שלהם, צריכים כולם לירש אתו יחד.
**ובגמרא מבואר**שכל זה נכון דווקא במציאות שהאחים אינם טוענים בוודאות שהם אינו אחיהם, ולכן יכולים להסתמך אח"כ על הודאתו ולירש עמו.

## מה הדין כשהספק כבר הוציא את חלק ירושת האב?

**עולה מן המשנה,** ששאר האחים חולקים בירושת ה'ספק' יחד עם האח שטען שהוא אחיהם, אך לא באותו החלק שירש מאביהם, וחלק זה יורש האח שטען שהוא אחיהם לבדו.
**הטור מביא שהרמ"ה מתייחס לשאלה,** מה יהיה הדין במציאות שאותו חלק שירש הספק מאביהם כבר אינו בעין, האם בזה יחלקו כל האחים בשוה, או שעדיין היורש יטול חלק זה לבדו.
ובדברי הרמ"ה יש לכאורה סתירה בין תחילת דבריו לסופו, וזה לשונו(כפי שהובא בטור):

כתב הרמ"ה ז"ל היכא שנטל הספק עם אחיו שהודה לו בחלקו וקנה נכסים ממקום אחר ומת ולא הניח אלא הנכסים שקנה ממקום אחר **דינא הוא דשקיל האי אחא דאודי ליה מהנהו נכסים כשיעור מאי דשקיל מריה דנכסים מחלקו** ושארא פליג ליה בהדי שאר אחין.
הילכך היכא דשביק האי ספק נכסים ל"ש שבק הנהו נכסי גופייהו דשקיל מהאי אחא דאודי ליה ל"ש נפלו לו ממקום אחר ל"ש שביק שיעור נכסים דשקל מהאי לא שנא טפי מהכי דינא הוא דשקיל האי אחא דאודי מהנהו נכסים כשיעור מאי דיהיב ליה איהו מחולקיה ושארא פליג בשוה ואי לא שביק שיעור מאי דיהיב ליה שקיל אחא דאודי ליה כולי ממונא דשבק.
**ואי ליתיה לממונא דהאי אחא דאודי בעיניה גבי דהאי ספק ולא ממונא דידיע דאתי מחמתיה פלגי להו כולהו אחי לכולא ממונא בשוה** ע"כ:

**מתחילת דבריו עולה** שאף אם לא הותיר מנכסים שירש אביו, נוטל האח שטען שהוא אחיו בנכסיו בשוווי אותם נכסים, אך בסוף דבריו עולה שאם לא הותיר האח מחלק הירושה, ומדבר שבא מכוח אותה ירושה- חולקים כל האחים בשווה.
**הב"י תמה על סתירה זו ונשאר בצ"ע.**
**הדרכי משה (א) יישב** שהאח שטען שהוא אחיו נוטל בכל ממון שידוע שבא מחמת ירושת האב, ורק כשלא ידוע שבא מחמת אותה ירושה- נוטלים בשווה, **וכן פסק הרמ"א.**
[אמנם ברמ"ה (ב"ב קלד. אות ט) מבואר שכתב שלעולם יטול האח שטען שהוא אחיו משיעור נכסי הירושה, ורק במידה ונאנסה ירושת אביהם כולל חלקו של הספק, לא יטול אותו האח כנגד, אלא אם כן ידוע שיש לו נכסים שבאו מחמת זה, ובטור הושמט חלק האונס, ע"ש ודוק]
**הנתיבות (א) הקשה** שלכאורה הדין צריך להיות שהאח הטוען שהוא אחיו יטול חלק מערך הירושה אף בנכסים שלא הגיעו מחמת הירושה, משום שעל הצד שהם יורשיו, הם גזלו את האח המודה, משום שהוא נאלץ לחלוק בחלקו עם הספק.
**ותירץ הנתיבות** שלהלכה אנו פוסקים ש'קם דינא' כמבואר ביבמות לז: ולאחר שנפסק שאין להוכיח שהוא יורשיו לעניין ירושת אביהם, איננו פותחים את הדיון מחדש. והסיבה שבמידה והנכסים בעין אנו כן אומרים 'מה נפשך' ונותנים לאח הטוען שהוא אחיו לבדו, זאת משום שכשאיננו מוציאים מן הזוכה איננו אומרים 'קם דינא.

## כיצד חולקים בנכסי ה'ספק' כשלא ידוע אם הם הגיעו מחמת הירושה?

**בפסקא הקודמת הבאנו שפסק הרמ"א** שהאח שטען ה'ספק אחיו, נוטל בחלק הירושה או במה שבה מחמתו, אך בשאר נכסים חולקים האחים בשווה.
**נחלקו נושאי הכלים מה דינם של נכסים שלא יודע מנין הגיעו**:
**הסמ"ע (ד) סבר** שכל שלא ידוע מנין הגיעו הנכסים- יטול בהם האח שטוען שהוא אחיו לבדו.
**ואילו הש"ך (א) והב"ח (א) סברו** שלא יטול אלא בנכסים שידוע שהגיעו מחמת אותו ממון[148].

## נכסי ירושת האב שהשביחו אצל הספק

לשון הגמרא בדף קלה:

**בעי רבא:** שבח ששבחו נכסים מאליהם, מהו?

בשבח המגיע לכתפים לא תיבעי לך, דכי נפלו לו נכסים ממקום אחר דמי.

כי תיבעי לך – בשבח שאינו מגיע לכתפים, כגון דיקלא ואלים, ארעא ואסקא שרטון.

מאי?

תיקו.

**רבא הסתפק** מה הדין בשבח שהשביחו הנכסים מאליהם, ומבואר שפשוט לרבא שבשבח המגיע לכתפים ודאי שחולקים כל האחים בשוה משום שיש להגדיר שבח זה כנכסים שנפלו ממקום אחר,

[148] המחלוקת נסובה סביב דיוק בלשון הטור, ע"ש.

וכל הספק הוא בשבח שאינו מגיע לכתפים כגון 'דיקלא ואלים' או 'ארעא ואסקא שרטון'(בדקל קטן שנתעבה או בקרקע שנזדבלה מעצמה והשתבחה).

**הגמרא נותרה בספק.**

**ופסקו הרמב"ם** (נחלות ד, ח) **והטור** שלהלכה לא נוטלים שאר האחים בחלק זה.

**וביאר המגיד משנה** שזאת משום שהם מוגדרים כספק יורשים, ואינם מוציאים מידי המודה שהוא יורש ודאי.

**וכן פסק השו"ע.**

[אמנם הר"ח (בשיטת הקדמונים) והר"א אב ב"ד (בפירושו) כתבו שחולקים].

## מהי הגדרת שבח המגיע לכתפיים?

**הגמרא הגדירה** שלרבא היה פשוט שב'שבח המגיע לכתפים' חולקים כל האחים בשוה, וביארה שהספק הוא בשבח שאינו מגיע לכתפיים.

הגמרא לא הסתפקה בהגדרה זו ונתנה הגדרה נוספת ל'שבח שאינו מגיע לכתפים, והוא 'דיקלא ואלים ארעא ואסיק שרטון. כלומר ניתנו לנו ב' מושגים להגדרת ספקו של רבא, כל מושג מצוי בסוגיא מקבילה אחרת ובהקשרים שונים:

- **שבח המגיע לכתפיים-** נמצא בב"מ טו: בהקשר לשאלת גביית הבעל חוב בשבח נכסים משועבדים, ומבואר שבעל חוב גובה רק מן השבח המגיע לכתפים

**הרי"ף רש"י רמב"ן ורמב"ם** הבינו ששבח שאינו מגיע לכתפים אלו פירות המחוברים לקרקע, אלא שנחלקו הרמב"ן והרמב"ם בדבר פירות מחוברים שאינם צריכים לקרקע אם דינם כשבח המגיע לכתפים (רמב"ן) ונוטל מהם, או שכל עוד הם מחוברים יש להגדירם כשבח שאינו מגיע לכתפיים (רמב"ם).

**לעומתם סברו המאור והרשב"א שההגדרה אינה בבבשלות הפירות או בחיבורם לקרקע,** אלא בשאלה אם אלו פירות שנוצרו מאליהם או מחמת טרחת הלווה, וכל שנוצרו מאליהם גובה וזהו שבח המגיע לכתפים, ואם נוצרו מחמת טרחה אינו גובה, וזהו שבח שאינו מגיע לכתפיים.

- **'דיקלא ואלים ארעא ואסיק שרטון'-** מופיע בב"ב קכד. בעניין השאלה האם הבכור נוטל פי שנים בשבח, ומבואר שבדברים אלו כולם מודים שנוטל בשבח משום שאין זה שינוי משמעותי, והחפץ מוגדר עדיין כפי שהיה קודם, בניגוד לשחת שנעשה שיבולים או כפניות שנעשו תמרים שחכמים מגדירים אותם כדבר שנשתנה ולא היה קודם ואין הבכור נוטל בו פי שנים.

**לאור זאת נחלקו הראשונים** כיצד ללמוד את ההגדרה הכפולה כאן לענין השבח שנוצר אצל הספק:

**הרשב"ם נתן הגדרה כפולה,** בתחילה בביאור שבח המגיע לכתפיים כתב שמדובר בשבח שטרח בו, ובהמשך בביאור 'ארעא דאלים' ביאר שהשאלה היא אם נשתנה שמו, אך חזר וביאר שכשנזדבלה חולקים בשוה הואיל וטרח בה.

**הסמ"ע (ה) הבין מדבריו** שלדעתו כל שבח שטרח בו הוא נחשב כנכסים שבאו ממקום אחר וחולקים בו, אף שלא נשתנה שמו.

**לעומתו פירשו הר"י מיגש**(ב"ב קלה:) **והרמב"ם** (ד, ח)שהחילוק הוא בין דבר הזקוק לקרקע לדבר שאינו זקוק לקרקע (כלומר במקרה זה אף הרמב"ם הודה לרמב"ן שדי בכך שלא יהיה זקוק לקרקע בכדי שיחשב כמנותק ממנו וזאת בניגוד לגבית שבח בעל חוב)

**השו"ע נקט כלשון הרמב"ם** שלהלכה האחים אינם נוטלים בשבח הזקוק לקרקע, ונוטלים בשבח שאינו זקוק לקרקע.

**הסמ"ע כתב (ה)** שלפירוש זה בניגוד לפירושו של רשב"ם אין הבדל בין שבח שבא ממילא לשבח הבא ע"י טורח.

**הנתיבות (ב) תמה עליו** שמפורש בגמרא שכל השאלה היא על שבח הבא ממילא, ומבואר שפשוט שאם הוא בא ע"י טורח אין האחים חולקים, וכל מה שהוסיפה הגמרא שאף בשבח שממילא יכולים ליטול אם הוא אינו צריך לקרקע (ולפי זה צריך לומר שלדעת הרשב"ם ההגדרה אינה אם יש טורח או אין, אלא אם נשתנה שמו ושלא כמו שהבין הסמ"ע, ודוק ועיין עוד בתורת חים, וכן בשיעורי ר' שמואל אות קעג).

## כיצד נאמן האח לומר שהוא אחיו לעניין שירשהו?

**הנתיבות (א) הקשה** 'אבל האיך נאמן ראובן לומר על לוי שזה אחי לענין שהוא יורש כל נכסים הלא כל יורש צריך עדים כמבואר בסעיף א'.

**ותירץ הנתיבות** שכל הצורך בעדים הוא כשיש כאן יורש כגון שיש לו אחים ובא אחד ואמר שהוא בנו ומסלק אחיו מהירושה, אבל כשמת כאן אחד ולא נודע מי הוא ובא אחד ואמר אני קרובו הראוי לירש אותו, נאמן ויורש אותו, ואם בא אחר וטוען אני קרובו יותר ומכחישין זה את זה הדין כל דאלים גבר רק בין שניהם.

**הנצי"ב** (ג, ח) **השיג על הנתיבות וכתב** שפשוט שאין אדם נאמן לומר שהוא יורשו אף כשאין עדים, והוכיח כן מהריב"ש שהובא לעיל שסבר שגם כשאין חזקה לא נאמן עד אחד.

**עוד דחה המשיב דבר את קושית הנתיבות**, וכתב שבמקרה כאן כבר הוחזק מחיים.
**אמנם הרש"ש אכן התקשה בקושיית הנתיבות** וכתב שצריך לומר שמדובר במציאות שתפס קודם שבא אחר וזכה, שאם לא כן דין נכסיו כדין הפקר, [ובענייין זה עיין לעיל בסימן רעו סעיף ד בעמוד 60]

## מדוע כשהאחים מודים שאינם אחיו, הם אינם יורשים והרי יש הודאת בעל דין כנגד

**המשנה למלך**[נחלות ד, ח] **הקשה** מדוע אמרה הגמרא שאם האחים אומרים בודאי שאח זה אינו אחיו, הם אינם יורשים, והרי מכול מקום יש הודאת בעל דין של האח שהודה שהוא כן אחיהם.
**ותירץ הקצות (א) בשם אחיו** (תרומת הכרי פח , יב) שכאן יש ודאי מול ספק, ולכן מעמידים את אצל הודאי.
**הנתיבות (ג) תירץ** שהקושיא מעיקרא ליתא משום שדברי האח שטוען שהוא אחיו, אינה הודאת בעל דין, שהרי הוא חב בזה לאחרים שטוען שאינו אח של אנשים אחרים, אלא נחשב כעד בלבד, עי"ש.

לשון השו"ע:

**<u>סעיף ג:</u>**

**השביח השתות מאליו, ואחר כך מת לוי.**
**אם שבח המגיע לכתפים הוא כגון ענבים שהגיעו להבצר, הרי השבח זה בנכסים שנפלו מאחרים, ויחלוקו בהם. ואם עדיין לא הגיעו להבצר, הרי הם של ראובן לבדו.**

**<u>סעיף ד:</u>**

**אמר שמעון: אין לוי זה אחי, ונטל לוי בחלק ראובן כמו שנתבאר, ואחר כך מת לוי, לא יירש שמעון ממנו כלום, אלא ראובן לבדו יירש השתות עם שאר נכסים אחרים שהניח לוי.**

**<u>סעיף ה:</u>**

**והוא הדין בכל היורשים שיודו מקצתם ביורשים אחרים שלא יודו מקצתן.**

## סעיף ו

### הטוען אחי אתה והשיב האח שאינו מכירו

לשון הגמראבב"מ לט:

מרי בר איסק אתא ליה אחא מבי חוזאי אמר ליה פלוג לי:.
אמר ליה לא ידענא לך.
אתא לקמיה דרב חסדא אמר ליה שפיר קאמר לך שנאמר ויכר יוסף את אחיו והם לא הכרוהו מלמד שיצא בלא חתימת זקן ובא בחתימת זקן.
אמר ליה זיל אייתי סהדי דאחוה את אמר ליה אית לי סהדי ודחלי מיניה דגברא אלימא הוא אמר ליה לדידיה זיל אנת אייתי סהדי דלאו אחוך הוא.
אמר ליה דינא הכי?! המוציא מחבירו עליו הראיה!
אמר ליה הכי דייניגא לך ולכל אלימי דחברך.
אמר ליה סוף סוף אתו סהדי ולא מסהדי אמר ליה תרתי לא עבדי.

**מסופר בגמרא** שבא אדם וטען שהוא אחיו של מרי בר איסק והשיב לו מרי שאינו מכירו.
**רב חסדא** הצדיק את מרי, משום שהוא יצא בלא זקן וחזר עם זקן ולכן יתכן שלא הכירו (להמשך הגמרא נתייחס בהמשך).
**לכאורה קשה** מדוע נצרך רב חסדא לטעם חתימת זקן, והרי פשוט שסתם כך לא נאמן אדם לומר שהוא האח ולטול בירושה.
**תוספות**(ב"מ לט: ד"ה שיצא)**תירצו** שבדרך כלל באמת אין האח נאמן, אבל במציאות שאחיו אינו מכחישו אלא שאומר שאינו יודע, יש בזה ריעותא ויש להאמין לאח הטוען לירושה, ורק במציאות שיש לו סיבה לכך שאינו יודע, אין להאמינו.
**והרא"ש** (ב"ב ג, יד)**נתן סיבה אחרת וכתב** שכאן מדובר במציאות שיצא לו קול שאביו הולידו שם, ולכך נצרך לראיה טובה שמרי אינו כופר.

**הרמב"ן** (ב"מ לט : ד"ה 'הא דאמר רב חסדא') **פירש** שבד"כ לא היה צורך בראיה, ורב חסדא נצרך להביא ראיה רק משום שמרי היה ידוע כשקרן.
**השו"ע פסק** שנאמן האח המוחזק לומר 'איני מכירך' אפילו אם יש קול שיש אח במדינת הים.
וזאת כתחילת פירושו של הרא"ש, [אך השו"ע לא הגביל שזה דווקא במציאות שיצא בלא חתימת זקן וחזר עם חתימת זקן].
לשון השו"ע :

**הרי שיושב בנחלתו, ובא אחד ואמר לו: אחיך אני חלוק עמי, וזה אומר לו: איני מכירך, נאמן, אפילו שיצא קול שיש לו אח במדינת הים.**

## סעיפים ז-ט

### דין טומטום ואנדרוגינוס בירושה

### הניח בנים וטומטום ואנדרוגינוס

### בנושא זה נצטט בעיקר מדברי ערוך השולחן וזה לשונו:

כלל גדול יש בירושה דכל שהוא ודאי יורש ויש אחר ספק יורש אין ספק מוציא מידי ודאי והודאי נוטל הכל ואם שניהם היו ספק חולקין.
לפיכך מי שמת והניח בן וטומטום או אנדרוגינוס הרי הבן יורש את הכל שהם ספק זכר ספק נקבה.

### הניח בנות וטומטום ואנדרוגינוס

**המשך דברי ערוך השולחן:**
אבל הניח בנות וטומטום ואנדרוגינוס יורשות בשוה דכולם הם ספק ואף על גב דהטומטום והאנדרוגינוס יורשים ממה נפשך בין שהם זכרים ובין שהן נקבות והבנות אינן יורשות אא"כ הספקות נקבות הן ולמה לא נאמר דהם ודאין והבנות הן ספק דזה לא מקרי ודאי כיון שהספק בעצמו אינו יודע כח ירושתו אם כבן אם כבת ואף על גב שמחצה יש לו בודאי, מ"מ לא נקרא מפני זה ודאי בחציו השני דמפני שיש לו זכות במקצת נכסים לא מקרי מוחזק בכל הנכסים [ראי"ש פ' החולץ סי' ט'].

### האם יש חילוק בין טומטום לאנדרוגינוס כשחולקים עם הבנות?

**המשך דברי ערוך השולחן:**
**ומ"מ דעת הטור**[א"א-ומקורו בראי"ש ב"ב ט, ד] דהטומטום נוטל ג' חלקים והבת חלק רביע מפני שמחצה יש לו בודאי, ובאידך פלגא הוי ספק וחולקין [ועי' תוס' ריש ב"מ ב'. ד"ה וזה בסוף הדיבור] :

### מה הדין כשיש בנים ובנות וטומטום ואנדרוגינוס?

### לשון המשנה בב"ב קמ:

הניח בנים ובנות וטומטום, בזמן שהנכסים מרובין - הזכרים דוחין אותו אצל נקבות.
נכסים מועטין - הנקבות דוחות אותו אצל זכרים.

**המשך דברי ערוך השולחן:**
**באבן העזר סימן קיב נתבאר תקנת חז"ל** דהאב שמת נזונות בנותיו מנכסיו עד שיבגרו ולכן אם נשארו מהאב נכסים מרובים הבנים יירשו והבנות יזונו עד בגרותן ואם הנכסים מועטין שאין בהם רק כדי מזונות הבנות לא יירשו הבנים כלל.
**ולכן מה שבארנו בסעיף הקודם הוא רק בדין הירושה אבל בדין מזונותהבנות איך הדין בספיקות כך הוא:**
מי שמת והניח בנים ובנות וטומטום או אנדרוגינוס בזמן שהנכסים מרובים שיש בהם כדי ירושה ומזונות הבנים יורשים ודוחים את הספק אצל הבנות ונזון כמותן וירושה אינו נוטל.
ובזמן שהנכסים מועטים שאין בהם רק כדי מזונות הבנות דוחות את הספק אצל הבנים ואומרות לו אתה זכר ואין לך עמנו מזונות.
**ואם הניח בן וטומטום והנכסים מועטים יראה לי דלדעה הקודמת והיא דעת הרמב"ם** יירש הבן הכל מפני שהטומטום הוא ספק דאינו יודע אם בא מחמת ירושה או מחמת מזונות והבן הוא ודאי יורש ולהטור נוטל הטומטום ג' חלקים והבן חלק רביעי משום דהטומטום יש לו מחצה ממה נפשך אם מצד ירושה אם מצד מזונות ובאידך פלגא הוי ספק וחולקין.
אבל בנכסים מרובים כשהניח בן וטומטום לכ"ע יירש הבן, והטומטום נזון כבת.
ובת וטומטום בנכסים מועטים אין להטומטום כלום [נ"ל] :
....אבל לפי דעת הטור דאנדרוגינוס גרוע מטומטום דהטומטום הוא ספק זכר ספק נקבה אבל האנדרוגינוס הוא בריה בפ"ע ולכן ס"ל להטור דבהניח בן ואנדרוגינוס יירש הבן הכל בין

בנכסים מרובים בין בנכסים מועטים משום דלא הוי בכלל תקנת מזונות ואם הניח בת ואנדרוגינוס בנכסים מועטים ודאי דאין לו כלום כטומטום אלא אפילו בנכסים מרובים אין חולקין אלא בשוה ואף על גב דבטומטום בכה"ג נוטל ג' חלקים לדעת הטור כמ"ש מ"מ באנדרוגינוס דבריה בפ"ע הוא חולק עמה ואם לא נשאר ממנו רק טומטום ואנדרוגינוס בנכסים מרובים לכ"ע חולקין דבירושה יד שניהם שוה ובנכסים מועטים לדעת הרמב"ם ג"כ שוים הם.

אבל לדעת הטור נ"ל דהטומטום נוטל ג' חלקים משום דפלגא ודאי אית ליה ואידך פלגא הוי ספק דאם הטומטום הוא זכר נוטל האנדרוגינוס חצי חלק ירושתו אבל אם היא נקבה נוטלת הכל למזונות ולכן חולקין באידך פלגא והספק של הטומטום אינו אלא כשעדיין לא נקרע אבל כשנקרע הרי יתברר אם הוא זכר או נקבה [נ"ל]:

**השו"ע** פסק כרמב"ם.

**והרמ"א**הביא את דעת הטור.

### יצא בנו של מת למדינת הים ולא ידוע אם הוא חי או מת

**כתב בתרומת הדשן**(סימן שמט)שראובן שיצא בנו למדינת הים ואין יודעין אם הוא חי ובאין אחי ראובן לירד לנחלה אין יורדין לנכסיו, משום שיש להעמיד את הבן על חזקת חיותו, **וכן פסק הרמ"א.**

### יצא עם אשתו למדינת הים, אם יש לחוש שנולדו לו בנים או שאחיו יורשים אותו

**עוד כתב תרומת הדשן** שאם הלך ראובן עם אשתו למדינת הים, ולא ידוע שיש לו בנים, אחיו יורשים אותו, ולא חוששים שמא ילדו שם בנים אף על גב שרוב נשים יולדות, וביאר שזאת משום יש לנו כעת יורש ודאי ואין בכוח הרוב להוציא ממנו,. **וכן פסק הרמ"א.**

**וכתב הסמ"ע (ט)** שנראה שמדובר במציאות שהתברר לב"ד שאשת ראובן מתה תחילה בחיי בעלה וירשה, שאם לא כן, יורשיה היו יורשין כתובתה.

לשון השו"ע:

**<u>סעיף ז:</u>**

**מי שמת והניח בן וטומטום או אנדרוגינוס, הרי הבן יורש את הכל, שהטומטום ואנדרוגינוס ספק.** הגה: וכן כל ודאי וספק, אין ספק מוציא מידי ודאי (רמב"ם רפ"ה וטור).

ולכן ראובן שיצא בנו למדינת הים ואין יודעים אם הוא חי או לא, אין אחי ראובן יורדין לנחלה בנכסי ראובן, שמוקמינן בנו על חזקתו שהוא חי.

אבל אם ראובן ואשתו יצאו למדינת הים וספק אם ניתן להם בן, לא חיישינן שמא ילדו, ואחי ראובן יורשין את ראובן (ת"ה סימן שמ"ט).

**<u>סעיף ח:</u>**

**הניח בנות וטומטום ואנדרוגינוס, יורשות בשוה והרי הוא כאחת מהבנות.**

**<u>סעיף ט:</u>**

**מי שמת והניח בנים ובנות וטומטום או אנדרוגינוס:**

**בזמן שהנכסים מרובים הבנים יורשים ודוחים הטומטום אצל הבנות וניזון כמותן.**

**ובזמן שהנכסים מועטים, הבנות דוחות את הטומטום אצל הבנים ואומרות לו: זכר אתה ואין לך עמנו מזונות.**

הגה: וי"א דבת וטומטום, אם הנכסים מרובים הטומטום נוטל שלשה חלקים והבת רביעית.

ואם הנכסים מועטים, אין לטומטום כלום.

ואם יש בת ואנדרוגינוס והנכסים מרובים, חולקין בשוה.

ובנכסים מועטים אין לאנדרוגינוס כלום.

היו נכסים מועטים והניח בן וטומטום, הטומטום נוטל שלשה חלקים והבן רביעית.

היו נכסים מרובין הבן יורש הכל, והטומטום ניזון כבת.

אבל אנדרוגינוס אין לו כלום במקום בן, בין בנכסים מרובים או מועטים (טור).

## סעיף י

### נפל הבית עליו ועל אמו, או עליו ועל בתו הנשואה

לשון המשניות בב"ב קנח.- :

נפל הבית עליו ועל אשתו:

יורשי הבעל אומרים: אשה מתה ראשון ואחר כך מת הבעל.

יורשי אשה אומרים: בעל מת ראשון ואחר כך מתה אשה.

**בית שמאי אומרים**: יחלוקו.

**ובית הלל אומרים**: נכסים בחזקתן, כתובה - בחזקת יורשי הבעל, נכסים הנכנסין והיוצאין עמה - בחזקת יורשי האב.

נפל הבית עליו ועל אמו - אלו ואלו מודין שיחלוקו.

**אמר ר"ע**: מודה אני בזו שהנכסים בחזקתן.

**אמר לו בן עזאי**: על חלוקין אנו מצטערין, אלא שבאת לחלק עלינו את השוין.

הגמרא בב"ב קנח : דנה בדין השני ובדעת ר"ע ביחס לנפל הבית אליו ועל אמו וזה לשונה :

בחזקת מי?

**ר' אילא אמר** בחזקת יורשי האם.

**ר' זירא אמר** בחזקת יורשי הבן.

כי סליק רבי זירא קם בשיטתיה דרבי אילא

קם רבה בשיטתיה דרבי זירא.

**אמר רבי זירא** שמע מינה אוירא דארץ ישראל מחכים

וטעמא מאי?

**אמר אביי** הואיל והוחזקה נחלה באותו שבט.

**המשניות מציגות** מחלוקת בין בית שמאי לבית הלל כשמתו הבעל והאשה יחד בבית שנפל עליהם ונחלקים היורשים מי מת קודם, שאם מת האשה קודם, האיש יורשה, וכעת יורשי האיש יורשים את את נכסי האשה, ואם מת האיש קודם זכתה האשה כבר בכתובתה, ויורשיה גובים כן מיורשי האיש :

**בית שמאי פסקו** שיחלוקו.

**ובית הללפסקו שיש להשאיר את הנכסים בחזקתם** (ובפרטי דין זה עיין באבן העזר סימן צ)

**המשנה השניה מביאה מחלוקת בין ר"ע לבין עזאי במציאות שנפל הבית על אם ובנה** ונחלקים היורשים אם מתה האם קודם וירש אותה הבן, ולכן יורשי הבן יורשים גם את נכסי האם, או שמת הבן הקודם, וממילא ירושת האם הולכת לקרובה :

**בן עזאי סבר** שבזה אף בית הלל יודו שיחלוקו.

**ור' עקיבא סבר**שאף בזה סברו בית הלל שיש להעמיד את הנכסים בחזקתם (וביאר רשב"ם : ישום דנקט תנא קמא לישנא דמודים אמר איהו נמי מודה אני כלומר ואני מודה וחולק עליך דלדברי ב"ה נמי אמרינן הכא נכסים בחזקתם ובגמרא מפרש בחזקת מי וטעמא נמי מפרש').

**האמוראים נחלקו בדעת ר' עקיבא** מהי הכוונה להשאיר את הנכסים בחזקתם :

**ר' אילא אמר** בחזקת יורשי האם.

**ר' זירא אמר** בחזקת יורשי הבן.

**אמנם לבסוף חזר בו ר' זירא והסיק** שיש להשאיר את הנכסים ביד יורשי האם, וביאר שזאת משום שהנחלה הוחזקה כשייכת לשבט האם.

**הרא"ש** (ב"ב ט, מ) **דייק מדברי הרי"ף** שפסק כר"ע, הואיל והוא הביא את הדיון בשיטתו, ועל כן הלכה כר' יזרא שהנכסים נשארים ביד יורשי האם, **וכן פסקו הרמב"ם**(נחלות ה, ו)**הר"ן והטור.**

**אמנם הרשב"א בתשובה**(חלק ב סימן כו)**הביא שרבינו שמחה פסק** כתנא קמא שיחלקו, והביא הרשב"א שכן פסק בספר המקצועות.

**השו"ע פסק כדעת רוב הראשונים** שהנכסים נשארים בחזקת יורשי האם.

**בטעם דין זה כתב הרמב"ם**שיורשי האם הם יורשים ודאים, ויורשי הבן הם רק ספק יורשים, ואין ספק מוציא מידי ודאי.
**רבינו שמחה בתשובה הנ"ל הבין שהרמב"ם כתב כן** רק במציאות שיש לאמא עוד בן, שהוא ודאי יורש לכל הפחות חצי, אך לא ביורשי האם האחרים, שעליהם אין ודאות שירשו, שהרי אם מתה האם קודם, הבן יורש לבדו.
**בתשובת הרא"ש**(כלל פד סימן ג)**מופיע דעת השואל כדעת רבינו שמחה,** שכל דין זה שיש להשאיר את הכנסים ביד יורשי האם זה רק כשהיו לה עוד בנים.
**אבל הרא"ש דחה הבנה זו ברמב"ם וכתב**שמסתימת לשון הרמב"ם מוכח שדיבר בכל עניין.
**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם**

## נפל הבית עליו ועל בתו הנשואה?

**כתב המגיד משנה**(ה, ו): 'ונראה לי שהוא הדין לנפל הבית עליו ועל בתו שהיתה נשואה ואין ידוע איזה מהן מת ראשון שנכסי האב בחזקת יורשי האב ואין הבעל יורש בהן כלום', **וכן פסק השו"ע.**
**אמנם בסעיף הבא יבואר שפסק הרמב"ם** שכשנפל הבית על בן בתו יחלקו בירושת הסב, וזאת על אף שהירושה בחזקת הסב, וביאר שם הרא"ש שזאת משום, שאף הבאים לירש את האב יורשים מכוח הבת, ולכן בזה הבת יורשת מן הקבר להנחיל לבניה, וא"כ אין מי שמוחזק בזה.
**והקשה הנתיבות (ז)** שלפי סברא זו, אף במקרה שלנו, היה ליורשי האב לחלוק עם הבעל משום שהם יורשים דרכה.
**ותירץ הנתיבות**שיש לומר שהיות וירושת הבעל דרבנן, אין להחשיב את הבעל כמוחזק ממש.
**אמנם בס"ק (ח) הכריח הנתיבות** שלדעת המרדכי שפסקו הרמ"א בסעיף יב, עולה שדין ירושת הבעל כדין כל ירושה.
**וכתב הנתיבות שבאמת נראה שהמרדכי חולק על דינו של המ"מ והשו"ע הנ"ל** ולדעתו אף במקרה שנפל הבית עליו ועל בתו הנשואה, יחלקו יורשי האב עם הבעל.
לשון השו"ע:

**נפל הבית עליו ועל אמו, יורשי הבן אומרים: האם מתה תחלה, ויורשי האם אומרים: הבן מת תחלה, מעמידים נכסי האם בחזקת יורשיה, שהם יורשים ודאים. והוא הדין לנפל הבית עליו ועל בתו נשואה, ואין ידוע איזה מהם מת תחלה, שנכסי האב בחזקת יורשי האב, ואין הבעל יורש בהם כלום.**

## סעיף יא

### נפל הבית עליו ועל בן בתו

לשון הגמרא בב"ב קנט:

**בעו מיניה מרב ששת** בן מהו שיירש את אמו בקבר להנחיל לאחין מן האב.

**אמר להו רב ששת תניתוה**:האב שנשבה ומת בנו במדינה ובן שנשבה ומת אביו במדינה יורשי האב ויורשי הבן יחלוקו.

היכי דמי? אילימא כדקתני הי נינהו יורשי האב והי נינהו יורשי הבן.

אלא לאו הכי קאמר אב שנשבה ומת בן בתו במדינה ובן בתו שנשבה ומת אבי אמו במדינה ולא ידעינן הי מינייהו מית ברישא יורשי האב ויורשי הבן יחלוקו.

ואם איתא נהי נמי דבן מת ברישא לירתיה לאבוה דאמיה בקבריה ולירתינהו לאחוה מן אבוה אלא לאו שמע מינה אין הבן יורש את אמו בקבר להנחיל לאחין מאב.

הגמרא דנה האם בן יכול לירש את אמו על אף שהוא מת לפני שהיא מתה בכדי להעביר את ירושתו ליורשיו כלומר לאחיו מן האב.
הגמרא הוכיחה שאין הבן יכול לירש כשהוא מת לפניה, מברייתא הקובעת (לאחר העמדת הגמרא) שכשיש ספק אם מת הסב קודם נכדו בן בתו, או שנכדו בן בתו מת קודם- יחלקו יורשי הסב ויורשי בן הבת בירושת הסב.
ומכאן מוכיחה הגמרא שהבן אינו יורש את אמו כשהוא מת, שא"כ היה לו גם לירש את סבו [אבי אמו] אף כשנפטר לפניו ולהוריש לאחיו מן האב, ולא היה בזה שום ספק.
העולה לכאורה מהברייתא שהביאה הגמ' היא שבמקרה שיש ספק אם מת הסב או נכדו בן בתו, יחלקו היורשים בנכסים.
דין זה צריך ביאור שהרי התבאר בסעיף הקודם שנפסק להלכה כדעת ר' זירא שכשיש ספק אם מת הבן קודם לאם או האם קודם לבן, נוטלים יורשי האם את כל ירושתה, משום שהירושה מוחזקת בשבט זה, ולכאורה כך צריך להיות הדין גם כשיש ספק אם מת בן האם או אב האם, שעדיין הירושה מוחזקת בשבטו של אב האם.

**סימן רפ-** אמר אחד : זה אחינו, או שבא ואמר : אני אחיך

**הרשב"א בתשובה**(חלק ב סוף סימן לא) **ביאר** שבריתא זו נאמרה לשיטה שיחלוקו ושלא כדעת ר"ע, ולכן אינה להלכה.
**וכן כתב הטור בשם רבינו ישעיה** שלהלכה הדין הוא שהנכסים נשארים בידי יורשי הסב.
**אמנם הרמב"ם**(נחלות ה,ז)**פסק את דינה של ברייתא זו להלכה,** שהדין שהוא שיחלוקו.
**המגיד משנה והר"ן** (חידושים קנט:) **נשארו בקושיא על הרמב"ם**.
**ומכול מקום כתב המגיד משנה** שעל אף שהרשב"א שהובא לעיל פירש אחרת מהרמב"ם, הוא לא רצה לחלוק עליו הלכה למעשה.
**הרא"ש בתשובה**(כלל פד סימן ג) **כתב ליישב את דברי הרמב"ם** וביאר שבניגוד למקרה שנפל הבית עליו ועל אמו שאם מת הבן תחלה ואחר כך האם באו נכסים ליד קרוביה, במקרה שנפל הבית עליו ועל בן בתו, אז גם יורשי הסב יורשים אותו רק מכוח הבת שהנחלה ממשמשת בקבר לבת, ולכן בכל מקרה הירושה עוברת דרך הבית, אלא שיש ספק אם היא עולה למעלה ליורשה מהשבט שלה, או למטה לבנה וממילא ליורשיו,'הילכך הואיל וממה נפשך ממשמשת הנחלה מן האב לבת אף על פי שהיא עדיין בחזקת אותו שבט הואיל ויצאה מיד מי שהיתה עד היום וספק תורידנה למטה או תעלנה למעלה יחלוקו.
הטור הביא שהרא"ש כתב ליישב את דברי הרמב"ם אך כתב שמכול מקום נראה דברי רבי ישעיה מרווחים יותר, שאף בדין זה אין להוציא מיורשי הסב
**השו"ע פסק כדעת הרמב"ם** שיחלוקו
**והרמ"א הביא את דעת רבינו ישעיה והטור** שתשאר הנחלה בידי יורשי הסב.
[ועיין בסעיף הקודם האם דין זה של הרמב"ם מסתדר עם פסק המ"מ שכשנפל הבית על אב ובת נשואה, נוטלים יורשי האב ולא הבעל כלל)

לשון השו"ע :

**נפל הבית עליו ועל בן בתו, ואין ידוע איזה מהם מת תחלה, יחלקו יורשי האב עם יורשי בן הבת. וכן הדין אם נשבה האב ומת בשביה, ומת בן בתו כאן, או שנשבה בן בתו ומת בשביה ומת אבי אמו כאן, ואין ידוע איזה מת קודם.**
(ויש אומרים דהנכסים בחזקת יורשי האב) (טור בשם הר"ר ישעיה ותשובת רשב"א סימן תשכ"ו).

## סעיף יב

### לוה שלא היה לו ממה לפרוע ונפל הבת עליו ועל אביו ועוד

לשון המשנה בב"ב קנז.

נפל הבית עליו ועל אביו או עליו ועל מורישיו והיתה עליו כתובת אשה ובעל חוב;

יורשי האב אומרים הבן מת ראשון ואח"כ מת האב.

ובעלי החוב אומרים האב מת ראשון ואח"כ מת הבן

**ב"ש אומרים** יחלוקו

**ובית הלל אומרים** נכסים בחזקתן.

**הרשב"ם ביאר** שהמשנה עוסקת במציאות שאין ללווה ממה לפרוע, ויש ספק שמא מת האב קודם וירש נכסיו וכבר השתעבדו לבעלי חובו, או שמת הבן קודם, ומעולם לא נשתעבדו.
**ובית הלל פסקו** שיש להשאיר את הנכסים בידי יורשי האב, **וכן פסק השו"ע.**
לשון השו"ע :

**נפל הבית עליו ועל אביו או על אחד ממורישיו, ואין ידוע איזה מהם מת תחלה, והיתה עליו כתובת אשה ובעלי חובות, הנכסים בחזקת היורשים ואין לאשה ולבעל חוב כלום.**

### נפל הבית עליו ועל אשתו וארבע בנותיו הנשואות

**במשנה בדף קנח. נחלקו בית שמאי ובית הלל**במקרה שנפל הבית על אדם ואשתו :
**בית שמאי אומרים** שיחלוקו בכל הנכסים.
**וביץ הלל אומרים** שהנכסים הם בחזקתן, הכתובה היא בחזקת יורשי הבעל, והנכסים הנכנסים והיוצאים עמה הם בחזקת יורשי האב.
**נחלקו האמוראים** בפירוש 'הנכסים בחזקתן', וממסקנת הגמרא נראה שיחלוקו,(ויתבארו דינים אלו באבן העזר סימן צ.)
**המרדכי**(ב"ב תרלח) **הביא תשובת מהר"ם** לגבי מקרה שנפל בית על אדם ואשתו וארבע בנותיו הנשואות, והספק הוא לגבי נכסי האשה.

**ופסק מהר"ם**שחולקים את הנכסים לששה חלקים, ובעלי הבנות ויורשי האיש ויורשי האישה כולם נוטלים חלק אחד (שבממוצע אין לאחד מהם יותר מחברו**וכן פסק הרמ"א**.
הנתיבות (ח) כתב שדין זה לא מסתדר לפי פסק השו"ע בסעיף י על פי המ"מ שאם נפל בית על אדם ובתו הנשואה, אין לבעל כלום, והסיק שנראה שאכן המרדכי חולק על המ"מ וסובר שיחלוקו כדין סב ונכדו מבתו, שיתבאר בסעיף הקודם שהיות ואף יורשי האב יורשים מכוח כח, אין האחד מוחזק בחבירו, אלא שתמה על הרמ"א.

## נפל הבית עליו ועל אשתו וארבע בנותיו שאינם נשואות

**עוד פסק המהר"ם** שבמדה והבנות אינן נשואות, חולקים יורשי האיש ויורשי האשה וזאת על אף שיורשי האיש באים מכח חמישה אנשים ויורשי האשה מכוח איש אחד(שרק אם מתה האישה אחרונה יורשיה נוטלים).מ"מ כל הקבוע כמחצה על מחצה הוא ואומרים כן אף בדיני ממונות. ואפילו אם מתו ביציאתם לחוץ, כל 'דפריש מרובא פרישׁ' ותולים שכל ארבעה הראשונים שמתו היו מהאיש והבנות, ונשאר ספק השקול וחולקים.
**וכן פסק הרמ"א** (והסמ"ע הרחיב במה שקיצר הרמ"א)

הגה: ראובן ואשתו עם ארבע בנותיהן שהיו בבית, ונפל עליהם הבית ומתו, יורשי ראובן אומרים שמא ראובן או אחד מבנותיו מתו באחרונה, והם יורשין הכל, אפילו הכי חולקין עם יורשי האשה, דכל קבוע כמחצה על מחצה דמי.
אבל אם הבנות נשואות ובא בעל של כל אחד ומבקש חלקו, חולקין הממון על ששה חלקים, ארבע חלקים לבעלי הבנות, וחלק אחד ליורשי ראובן, וחלק אחד ליורשי האשה (מרדכי פרק מי שמת):

# סימן רצ
## דין אפוטרופוס מי ימנו וכיצד יתנהג וכל משפטיו ובו כח סעיפים:

## סעיף א

### מינוי אפוטרופוס ליתומים

### סוגי אפוטרופוסים

לשון המשנה בגיטין נב.

יתומין שסמכו אצל בעל הבית, או שמינה להן אביהן אפוטרופוס - חייב לעשר פירותיהם.

אפוטרופוס שמינהו אבי יתומים – ישבע.

מינוהו ב"ד - לא ישבע.

אבא שאול אומר: חילוף הדברים.

**במשנה מתוארים ג' מסלולים של אדם המטפל בנכסי יתומים:**

א. יתומים שסמכו אצל בעל הבית.[וביאר רש"י 'לעשות על פיו ולא נתמנה להן אפוטרופוס לא מאביהן ולא מב"ד אפילו הכי כאפוטרופוס הוא לעניין שיכול לעשר פירותיהם'].

ב. אפוטרופוס שהתמנה על ידי אביהם שידאג להם לאחר מותו.

ג. אפוטרופוס שמינוהו בי"ד.

ישנם הבדלים בסמכויות בין סוגי האפוטרופסים השונים ורובם יתבארו בסימן זה בע"ה.

### החובה למנות אפוטרופוס

**הרמב"ם פסק**(נחלות י, ה) שחובה על המת שהניח יורשים קטנים וגדולים למנות אפוטרופוס לחלקו של הקטנים שיתעסק בהם עד שיגדילו,ואם לא מנה האב חייבים בית דין להעמיד להן אפוטרופוס עד שיגדילו, מפני שבית דין הוא אביהן של יתומים[149].

**הראב"ד כתב בהשגותיו על הרמב"ם** שבמידה ולא חילק האב את הנכסים, יש להשאיר את כל הנכסים ביד הגדולים ושהם ישביחו והשבח ילך לאמצע.

**המגיד משנה כתב** שהרמב"ם מודה לזה שאם רוצים הגדולים לעמוד בשיתוף עם הקטנים ולהשביח שאין צורך להעמיד אפוטרופוס, וביאר המגידמשנה שהרמב"ם דיבר במציאות שהאחים הגדולים רוצים כבר לחלוק. **והביאו הסמ"ע (א).**

**הרמ"א בסימן רפה סעיף פסק כדברי הראב"ד** שכל עוד לא חלקו ניתן להוריד את הקרוב הגדול אף לנכסי הקטן.

[אמנם המרכבת המשנה כתב שהרמב"ם סובר שלעולם יש להעמיד אפוטרופוס שזהו טובת היתומים, מכיוון שתמיד יכולים הגדולים להתנות על השבח, ולקחת לעצמם.

האבן האזל כתב אף הוא שיש צורך תמיד במינוי אפוטרופוס, אך מטעם אחר והוא שצריך להשגיח שהגדולים לא יקחו יותר בפרנסתם. וכדין המשנה בב"ב קלט שאין הגדולים מתפרנסים על הקטנים.וכוונת הרמב"ם שאף כשאין חלקו של הקטן מבורר צריך להתעסק בנכסים

לעומתם סבר ערוך השולחן (א-ג) שאף הרמב"ם מודה לראב"ד שאין למנות אפוטרופוס ליתומים קודם חלוקה, אך בניגוד למ"מ סבר ערוך השולחן שגם לא ניתן לעשות כן משום שניתן למנות אפוטרופוס רק לקטנים ולא לגדולים כמבואר לקמן בסעיף כו, ולפני החלוקה הירושה שייכת גם לגדולים,ולכן גם אין ביד בי"ד לחלק את הירושה, אלא אם כן רוצתים הגדולים ללחלוק. וכתב ערוך השולחן שלזה כיון הראב"ד, ואין בכוונת הראב"ד לחלוק על על הרמב"ם אלא לבאר שכל דין אפוטרופוס שייך רק לאחר חלוקה, וגם אין בכוונת הראב"ד לומר שזוהי טובת היתומים, אלא שלא ניתן למנות אפטורפוס קודם חלוקה וכפי שביארנו ושלא כהבנת המ"מ].

**הטור כתב** שגם כשיש רק קטנים לבדם יש למנות אפוטרופוס, וגם אם הניח אשה מעוברת, **וכן פסק השו"ע.**

**הרמ"א הוסיף על פי דבריהנמוק"י** (ב"ק יח: דבור ראשון) שבי"ד נחשב כאביהם של יתומים דווקא כשהם קטנים שאינם בני דיעה, ולא כשהם גדולים.

### אם יכול האב לומר שיורישו לבנו הקטן ללא אפוטרופוס או שהאפוטרופוס יהיה עבד, אשה, או קטן?

**כתב הרמב"ם**(נחלות י, ו) שרשאי אדם להחליט שינתנו נכסיו לבנו קטן ללא אפוטרופוס, או שהאפוטרופוס יהיה עבד אישה או קטן.

---

[149] היד פשוטה מציין כמקור לחיוב מינוי אפוטרופוסים לגמרא בב"ב קמז שניסתה להביא מקור לכוחה של מתנת 'שכיב מרע מציוויו של ישעיהו לחזקיה: "צו לביתך כי מת אתה ולא תחיה" (מלכים ב כ), ודחתה הגמרא שמדובר ב'צוואה בעלמא'. ולמד היד פשוטה שהכוונה למנות אפוטרפסים [כתב ר' דניאל ווסטברוק: 'מבואר בחז"ל שעוד לא היו לו בנים אז, וצ"ל שבין יורשיו היו גדולים קטנים.

**דינו השני של הרמב"ם** שיכול למנות אפוטרופוס עבד אשה וקטן מבואר בברייתא בגיטין (נב.) ויובא לקמן בסעיף הבא(ושם יבואר שיש שגרסו 'הרשות בידן' כלומר ביד בי"ד, עי"ש].
**ולגבי הדין הראשון שרשאי להחליט שלא יהיה אפוטרופוס ביאר המגיד משנהשדין זה נלמד מהגמרא בכתובות** (ע.)שם נאמר: 'הפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין בשאין להם אפוטרופוס'. ומשמע שישנה מציאות שלקטן אין אפוטרופוס.
**וכתב המגיד משנה** שכן מבואר גם בכתובות בפרק ושאם הניח הנכסים ביד קטנה עושה מהם היא רצונה.
אך כתב שאין בזה ראיה גמורה, אך כן עולה מהסוגיות בעניין 'מצוה לקיים דברי המת'.
**והוסיף המגיד משנה** שיש ללמוד זאת מכך שיכול למנות עבד שפחה וקטן כאפוטרופוס וכל שכן שיכול להניח ביד בנו הקטן בעצמו.

## האומר לשכיב מרע 'רצונך שאהיה שליט בנכסיך?'והשיב לו 'הן'

**כתב הריב"ש**(סימן ע) שאם אמר אדם לשכיב מרע 'רצונך שאהיה שליט בנכסיך', והשיב לו הן, הרי הוא מינהו כאפוטרופוס, וכתב הב"י שכיוצא בזה כתב הריטב"א בתשובה. **וכן פסק הרמ"א.**

## אם יש במינוי אפוטרופוס על נכסי אדם בחייו בכדי להופכו לאפוטרופוס לאחר מיתתו

**הב"י הביא את דברי הרא"ש בתשובה** (כלל סב סימן א) **שכתב** שאין במינויו של אדם כאטרופוס בנכסיו בחיים, בכדי להופכו לאפוטרופוס אף לאחר מותו.
**ושם בתשובה ביאר הרא"ש** שזאת משום שזהו דבר ידוע ומצוי שאדם סומך על אדם שלא יעשה עוול בנכסיו משום שירא ממנו, ואין זה אומר שהוא יסמוך עליו גם לאחר מותו.
**הרמ"א פסק כדברי הרא"ש** שאין במינוי אפוטרופוס מחיים בכדי להופכו כאפוטרופוס אף לאחר מיתה.
[ועיין לקמן בסעיף ב שהרשב"א סבר שניתן למנות קרוב כאפוטרופוס במידה וסמך עליו האב מחיים וכתב הב"י שנראה שכולם יודו לז, והמהר"ם מלובלין (סימן יב) חלק וכתב שמתשובת הרא"ש הנ"ל משמע שאין זה מועיל שסמך עליו מחים]

## האם בי"ד יכולים שלא למנות אפוטרופוס ולדאוג בעצמם לקטנים

**הדרכי משה (א) הביא את דברי הרשב"א בתשובה** (סימן תתקעד) **שכתב** שפשוט שאם בי"ד ראו שלא למנות אפוטרופוס אלא הם עצמם יחפשו אחר זכותן אין לך אפוטרופוס גדול מזה.
**הדרכי משה ציין שבסימן רפט** (אות ב)**הביא את דברי הר"ן**(קידושין יז. ד"ה 'יתומים') שנראה שחולק וסובר שאינם יכולים להיות אלו שדואגים לזכויותיו שאין זה ראוי שהבית דין ינהג כעורכי הדיינים, ולכן יש צורך במינוי של אפוטרופוס.
**וכתב הדרכי משה** שיתכן שאף הרשב"א יודה לר"ן, ולא כתב כן אלא במקומות שלא שייך בהם טעמו של הר"ן.
**עוד כתב הדרכי משה שמדברי הטור בהמשך** משמע שלא כרשב"א הנ"ל ושלעולם צריך למנות אפוטרופוס.
**להלכה כתב הרמ"א כדברי הרשב"א** שהרשות ביד בי"ד שלא למנות אפוטרופוס ולדאוג בעצמם ליתומים, **והוסיף הרמ"א** שבמקום שיש צורך לחלוק או לטעון עם אחרים יש אומרים שצריכים להעמיד אפוטרופוס.

## מי מוסמך למנות אפוטרופוס?

**הד"מ (ב) הביא את דברי הרא"ש בתשובה** (כלל פה סימן ה)**שכתב**שדוקא בית דין הממונה בכל עיר ועיר או גדולי הדור רשאי למנות אפוטרופוס, אבל אין כח ביד סתם שלושה אנשים למנות אפוטרופוס, [ושם בתשובה מבואר שיכולים הגדולים למנות אף את עצמן, עי"ש] **וכן פסק הרמ"א.**

## אב שמינה ב' אפוטרופסים ומת אחד מהם

**מהר"י בן לב** (חלק ג סימן יז)**הסתפק** מה הדין במציאות שמינה אדם שני אפוטרופוסים ומת אחד מהם, האם השני נשאר אפוטרופוס, או שיש לומר שבטל המינוי, מפני שכל כוונתו הייתה למנות שניהם יחד.
והסתפק מהר"י בן לב האם דין זה שייך למחלוקת התנאים המופיעה בב"מ (צד:)ובעוד מקומות, בין ר' יונתן ור' יאשיה האם כשאומרים שני שמות יחד הכוונה דווקא לשניהם יחד, או שהכוונה לכל אחד בפני עצמו, וכך נאמר שם:

> תניא איש אשר יקלל את אביו ואת אמו:
>
> אין לי אלא אביו ואמו, אביו בלא אמו, אמו בלא אביו - מניין?
>
> תלמוד לומר: אביו ואמו קלל אביו קלל, אמו קלל, **דברי רבי יאשיה.**

**רבי יונתן אומר**: משמע שניהם כאחד, ומשמע אחד בפני עצמו, עד שיפרוט לך הכתוב יחדו.

כלומר, לדעת ר' יאשיה ההנחה היא שכשנאמרו שני שמות יחד, הכוונה דווקא לשניהם יחד, ור' יונתן חולק. [המהר"י בן לב הסתפק בזה גם בחלק ג סימן סח לעניין גט כשאמר אם אבוא ואתראה בפני האשה ובפני עדים תוך זמן מסויים אין זה גט, אם צריך להתראות בפני שניהם יחד, עי"ש]

**והסתפק מהר"י בן לב** האם מחלוקתם היא דווקא בלשון תורה או גם בלשון בני אדם.

**המהר"א ששון** (תורת אמת סימן נב)**תמה על המהר"י בן לב** שהסתפק בזה אף במקרים שאמירת האדם הייתה בלשון לעז, וכתב שפשוט שבלשון לעז פשוט שהכוונה לשניהם יחד שמילת 'אי' בלעז כוונה לחברם יחד, וכל מחלוקתם של ר' יונתן ורבי יאשיה נסובה בלשון הקודש משום שהאות 'ו' לפעמים מחברת ולפעמים מפרדת.

**הקצות (א) דחה את דברי מהר"א ששון וכתב שמהגמרא בב"מ**(צה:)**מוכח** שמחלוקת ר' יונתן ור' יאשיה אינה דווקא לגבי משמעותו של 'ו' החיבור, שהרי מבואר שנחלקו שם האם מילת 'בעליו עמו' מצריכה שגם בשעת ההשאלה וגם בשעת ההיזק יהיו בעליו עמו, או שדי שבעליו יהיו עמו באחת מהם, ומכאן מוכח שמחלוקתם אינה קשורה להבנת משמעות 'ו' החיבור, וממילא נפל חילוקו של המהר"א ששון.

**אך מכול מקום כתב הקצות** שיש טעם אחר לומר שיתכן שבמקרה שלנו שממנה ב' אפוטרופסים אף ר' יונתן יודה שכוונתו לשניהם יחד, וזאת מהטעם שכתב הריטב"א (מופיע בשטמ"ק ב"מ צד: ד"ה 'עוד כתב הריטב"א)בשם הרב פנחס הלוי שכל דברי ר' יונתן נאמרו לגבי אמירה בדרך של מניעה ושלילה כגון 'לא תחרוש ולא תקלל וכיוצא בו, אבל באומר שיעשה לפלוני או שיתן, ודאי כוונתו שיעשה לשניהם, וא"כ הוא הדין כשממנה שני אפוטרופסים.

**אך הקצות התקשה** בדברי ר' פנחס הללו שהרי מהסוגיא שהבאנו לעיל בעניין 'בעליו עמו' עולה שהספק הוא גם לדבר שלא נאמר בדרך השלילה, ונשאר בצריך עיון[150].

**להלכה הכריע הקצות** שאף אם מת אחד, נותר השני אפוטרופוס, אך כתב שאין זה מכוח הכרעה במחלוקת ר' יונתן ור' יאשיה, אלא מצד שכך המנהג, כמבואר בתשובת הרשב"א(ג, רצז)שאם הסתלק אחד מהאפוטרופסים אין צורך למנות אחר, והרמ"א פסק את דברי הרשב"א הללו להלכה ביו"ד (סימן רנח סעיף ה).

**אך שם השיג הט"ז על פסק הרמ"א** וכתב שאדרבה המנהג שלא להושיב אחד לבדו, **וכך פסק להלכה הרב עוזיאל**(שערי עוזיאל שער ח פרק א הלכה א עמוד קיג עי"ש שביאר שאף הרשב"א מודה ולא דיבר אלא במקום שכך נהגו).

## האם נאמן אדם בשבועה לומר שמינהו האב להיות אפוטרופוס?

**הד"מ (ו) הביא את דברי המרדכי**(ב"ב סימן שפט) **שכתב בשם מהר"ם**(דפוס פראג סימן תקצב, דפוס קרימונה סימן רעג, דפוס לבוב סימן רמ)שאין אדם נאמן לומר שמינהו האב כאפוטרופוס אפילו בשבועה, **וכן פסק הרמ"א.**

**וכתב רע"א בשם התשב"ץ**(חלק ג סימן קכה) שאם אמר בשעת מיתתו בפני עדים עשו כל מה שיעיד פלוני שצויתי אותו נאמן אותו האיש בכל מה שיעיד.

לשון השו"ע:

**מי שמת והניח יורשים קטנים, או שאשתו מעוברת, או שהניח קטנים וגדולים, צריך מורישם למנות להם אפוטרופוס שיתעסק בשביל הקטנים עד שיגדילו.**

**ואם לא מינהו, ב"ד חייבים להעמיד להם אפוטרופוס עד שיגדילו, שבית דין הוא אביהם של יתומים.**

הגה: ואם הבית דין בעצמן רוצים להתעסק בצרכי היתומים, הרשות בידו (רשב"א סימן תתקע"ד). מיהו אם צריכים לחלוק או לטעון עם אחרים מחמת היתומים, י"א דצריכין להעמיד אפוטרופוס שלא יהיו נראין כעורכי הדיינים. ועיין לקמן סעיף ח' (ר"ן פרק ב' דקידושין).

והא דבית דין אביהן של יתומים, היינו יתומים קטנים (ר"ן ר"פ שור שנגח ד' וה').

וב"ד היינו הממונה בעירו או גדולי הדור, אבל אין כח ביד שלשה בעלמא שיעשו עצמן ב"ד על היתומים (הרא"ש כלל פ"ה סי' ה ו).

---

[150] הקהלות יעקב (נדרים מו) תירץ שאין בכוונת ר' פנחס לומר שרק על דרך השלילה כוונתו לכל דבר בפני עצמו, אלא כונתו שכל שמדובר על מאורע כזה או אחר הכוונה לכל דבר בפני עצמו, ורק בדבר שיש בו חיוב לשנים, ברור שהכוונה היא לשניהם יחד, שאם לא כן נעשה החיוב רק לאחד מהם ולא לשניהם, עי"ש.

**ואם צוה המוריש שינתן חלק הקטן ויעשה בו מה שירצה, הרשות בידו. וכן אם מינה המוריש אפוטרופוס על הקטנים, קטן או אשה או עבד, הרשות בידו.**
הגה: אחד שאמר לש"מ: רצונך שאהיה שליט בנכסיך, ואמר: הן, הרי זה לשון אפוטרופוס (ריב"ש סי' ע' וב"י בשם רשב"א).
מי שהיה לו אפוטרופוס על נכסיו ומת, אין מניחין אותו אפוטרופוס על היתומים, אלא ב"ד מעמידין הראוי, דלא מקרי מינהו אבי יתומים אלא כשמינהו סמוך למיתתו (הרא"ש ריש כלל ס"ב).
ואין מניחין לאדם שאינו ראוי להיות אפוטרופוס, אף על פי שמוחזק בנכסים, עד שיביא ראיה שמינהו אבי יתומים (מרדכי ר"פ הנזקין).

## סעיף ב

### מי ראוי להיות אפוטרופוס?

**מבואר ברייתא בגיטין נב.**: 'אין עושין אפוטרופין נשים ועבדים וקטנים, ואם מינן אבי יתומין - הרשות בידו', **וכן פסק השו"ע.**
**וביאר רש"י: 'נשים -** אין דרכן לצאת ולבא ולטרוח.**עבדים -** אין נאמנין.**קטנים -** אינם בני דעת'.
**הרמב"ם** (נחלות י, ו) מתאר מי הוא זה שראוי להיות אפוטרופוס וזה לשונו:
אלא בודקין על אדם נאמן ואיש חיל ויודע להפך בזכות היתומים וטוען טענתם ושיש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור נכסים ולהרויח בהן.
**המגיד משנה ביאר** שהמקור של הרמב"ם לכך שצריך שידע להפך בזכותם הוא מהגמרא בכתובות קט. וזה לשונה: 'אמר אביי האי מאן דמוקי אפוטרופא ליתמי לוקי כי האי דידע להפוכי בזכותא דיתמי'.
**הב"י כתב** שזה שהוא צריך להיות נאמן זה דבר פשוט.

### האם ממנים קרוב כאפוטרופוס, ולענין מה?

**אמר רב הונא:** אין מורידין קטן לנכסי שבוי, ולא קרוב לנכסי קטן...
[ולא קרוב לנכסי קטן] - כיון דלא מחי, אתי לאחזוקי ביה.
**מבואר בגמרא**שאין למנות קרוב כאפוטרופוס של יתומים קטנים, מחשש שהוא יחזיק בזה ויטען שהוא היורש[ורוב הראשונים הבינו שדין זה נכון אף שלא בנכסי שבוי, שלא כדעת העיטור (אות פ אפוטרופוס דף עח עמוד ד) הובא ברשב"א בתשובה חלק א סימן צד]
**וכתב הרי"ף**(ב"מ כב.)**בשם רב צמח גאון** שדין זה נאמר דווקא ביחס לקרקע אבל לעניין מעות אף קרוב יכול להיות אפוטרופוס.
**וכן פסק הרמב"ם** (נחלות י, ו) שלעניין מטלטלים ניתן למנות קרוב כאפוטרופוס ורק לעניין קרקע אין ממנים קרוב, **וכן פסק השו"ע.**
[הב"י הביא מהראשונים שיש מספר מקרים בהם ניתן למנות קרוב כאפוטרופוס לנכסי קטן, והרמ"א פסק כדבריהם בסימן רפה סעיף זה, ואלו המקרים:

א. כבר הובא לעיל שדעת הראב"ד (וכן פסק הריב"ש סימן תצה) שכל עוד לא חלקו, ניתן להוריד את הגדול כאפטרוופוס לנכסי הקטן. הריב"ש הגביל זאת וכתב שזאת דווקא כשסמוכים עדיין על השולחן אביהם וע"י כך ניכר שלא חלקו. אך אם הם אינם סמוכים, אין למנות הגדול כאפוטרופוס לנכסי הקטן אף כשלא חלקו.

ב. כתב הרשב"א בתשובה (ב, קמו) שלא אמרו אין מורידין קרוב לנכסי קטן אלא שלא ירד לנכסיו ליטול חלק בפירות 'אבל אפוטרופא דלית ליה הנאה מיניה שפיר דמי וכן כתב הרב בעל העיטור (אות פ' אפוטרופוס עח ע"ד). והביא ראיה לזה מכך שהברייתא כתבה שאין ממנים כאפוטרופוס עבד אשה וקטן, ולא כתוב שאין ממנים קרובים הגר"א בסימן רפה (ס"ק כב – ליקוט) כתב שנראה שהרא"ש (ב"מ ג, יד) חולק על הרשב"א מפני שכתב שאין מורידין קרוב לנכסי קטן אפילו כאפוטרופוס.

ועיין נתיבות בסימן רפה ס"ד ד שכתב שהחולקים וסוברים שאין מורידים קרוב לנכסי קטן אף כאפוטרופוס, מוכרחים לומר שזה דווקא כשאינם סמוכים על שולחן אביהם בכדי ליישב את דברי הגמרא בב"ב קמד. ממנה עולה שיש מצב שאחים מטפלים בשבח של הקטנים, אך לסוברים שמורידים נכסי קטן לאפוטרופוס, אין הכרח לכך שיכולים לרדת לנכסיו כשלא חלקו, ע"ש].

### האם ממנים עם הארץ לאפוטרופוס?

**בברייתא בפסחים מט: מבואר** שאין ממנים עם הארץ כאפוטרופוס, וכן אין מקבלים עדותו ועוד דינים השייכים לעם הארץ.
**הרי"ף** (פסחים טז.)**נדרש לסתירה בין ברייתא זו למבואר בחגיגה כב.** שמקבלים עדות מעם הארץ משום איבה.
**ותירץ הרי"ף**שהברייתא **בפסחים**עוסקת בעם הארץ שאינו בדרך ארץ והוא חשוד בעבירות, ובחגיגה מדובר בעם הארץ שיש לו דרך ארץ שאינו חשוד בעבירות, ועל פי זה יוצא שכשיש לו דרך ארץ יכול להעשות גם אפוטרופוס.

**אמנם רש"י בחגיגה יישב באופן אחר ולדעתו** הברייתא בפסחים הינה דעת חכמים ואילו בחגיגהזוהי דעת ר' יוסי.
**והרא"ש** (פסחים ג, י) **כתב**שמעיקר הדין אין לקבל עדות עם הארץ כמבואר בפסחים אבל כיום מקבלים עדותו אף שמן הדין לא היה ראוי משום סברתו של ר' יוסי.
**הרמב"ם כתב**(נחלות י, ו) שאין ממנים עם הארץ כאפוטרופוס משום שהוא בחזקת חשוד על העברות.
**וכתב המגיד משנה**שדעתו כדעת הרי"ף שמדובר במי שאינו בדרך ארץ.
**אך ציין המגיד משנה שלדעת רש"י** בחגיגה, אף כשהוא בדרך ארץ אין למנותו, וביאר שזאת משום ש'אין בור ירא חטא'.
**השו"ע נקט כלשון הרמב"ם.**

## האם בי"ד יכולים למנות עבד אשה וקרוב שהיו נאמנים על האב?

**הבאנו לעיל שמבואר בברייתא בגיטין נב.** שאם מינה אבי היתומים את העבד אשה וקרוב כאפוטרופוס - הרשות בידו'.
**וזוהי גרסת הרי"ף הרא"ש והרמב"ם.**
**אמנסהר"ן**(גיטין כו. בדפי הרי"ף ד"ה 'ואם מינן')**בשם ר"י, והרשב"א** (גיטין נב. ד"ה 'הא דתניא')גרסו 'הרשות בידן', ופירשו שהכוונה שאם מינה אבי יתומים את האנשים הללו על נכסיו בחייו לשאת ולתת בהם- הרשות ביד בית דין לעשותם אפוטרופסים מדעתם על נכסיו לאחר מותו.
**הרשב"א הביא ראיה** לכך שבמצב זה ניתן למנות אף עבד אשה וקרוב כאפוטרופוס מהגמ' בב"מ (לו.)שם מבואר שאם השותפין היו רגילים להפקיד את השמירה בידי סבתא אחת, וביום אחד הפקידו בידי אחד מהם, והוא הפקיד לסבתא, אין זה נחשב כשומר שמסר לשומר, משום שאף הם היו רגילים להפקיד אצלה.
**עוד הוכיח הרשב"א מהתוספתא בתרומות** (א, יג)שם נאמרשאין בית דין עושין אפוטרופסין נשים ועבדים לכתחלה ואם מינה אותן אביהם בחייו עושים אותן אפוטרופסין.
**וכתב הב"י שיתכן שאף הרי"ף הרמב"ם והרא"ש** (שגרסו אחרת) יודו לדין זה מכוח ראיותיו של הרשב"א.
**הסמ"ע (ז) הביא את דברי הרשב"א והר"ן** ואת דברי הב"י שאף הרמב"ם הרי"ף והרא"ש יודו.
**אמנם רע"א הביא את דברי המהר"ם מלובלין** (סימן יב) **שחלק על הב"י** וכתב שמבואר בדעת הרא"ש שלא ניתן למנות עבד אשה וקרוב כאפוטרופוס אף אם מינה אותם אביהם בחייו על נכסיו, וכוונתו לרא"ש בתשובה(כלל סב סימן א) שכתב שאין במינויו של אדם כאטרופוס בנכסיו בחיים, בכדי להופכו לאפוטרופוס אף לאחר מותו, ופסקו הרמ"א לעיל בסעיף א.

## האם בי"ד יכולים למנות קרוב שלהם כאפוטרופוס?

**כתב הרשב"א בתשובה** (חלק ב סימן קמו) שבית דין יכולים למנות אפוטרופסים קרובים להם 'שלא נפסל קרוב אלא לדין קרובו לזכותו או לחייבו אבל כשאין בו לא זכות ולא חובה לאפוטרופוס למה יפסול בית דין קרוב', **וכן פסק הרמ"א.**
לשון השו"ע:

**אבל אין ב"ד ממנים אפוטרופס לא אשה, לא עבד ולא קטן ולא עם הארץ שהוא בחזקת חשוד על העברות, אלא בודקין אדם נאמן ואיש חיל ויודע להפך בזכות היתומים וטוען טענתם ויש לו כח בעסקי העולם כדי לשמור הנכסים ולהרויח בהם, ומעמידים אותו על הקטנים בין שיהיה רחוק בין שיהיה קרוב לקטן, אלא שאם היה קרוב לא ירד לקרקעות, כמו שנתבאר בסימן רפ"ה.**
(ויכולין ב"ד למנות קרוב שלהן לאפוטרופוס, אם ראוי לכך) (ב"י בשם הרשב"א):

# סעיף ג

## מעקב אחר חשבונות האפוטרופוס

## האם משביעים את האפוטרופוס שלא לקח מכספי היתומים ובאלו מצבים?

**בתחילת סעיף א הבאנו את דברי המשנה בגיטין נב. שמציגה מחלוקת בין אבא שאול לת"ק** בדבר השבעת אפוטרופוס על שלא לקח מנכסי היתומים:
**ת"ק סבר**שמשביעים אפטרופוס שמינה אבי היתומים, ולא משביעים אפוטרופוס שמינהו בי"ד.
**דעת אבא שאול** להיפך.
**בגמרא מבואר** ששורש מחלוקתם נעוץ בשאלה מתי השבועה תגרום לאנשים להמנע מלהיות אפוטרופסים ולכן עדיף לא להשביעם ומתי זה לא ימנע מהם:

לדעת ת״ק כשמינה אבי היתומים אדם לאפוטרופוס, אותו אדם לא ימנע מלהיות אפוטרופוס בעקבות השבועה, משום שודאי יש לו הנאה מכך שהוא אפוטרופוס שאם לא הייתה לו הנאה בלאו הכי הוא לא היה מקבל תפקיד זה, וכשמינוהו בי״ד הוא נתמנה רק כטובה לבי״ד ואם נחייבו שבועה הוא ימנע מלהיות אפוטרופוס.
לדעת אבא שאול הסברא הפוכה: כשמינוהו בי״ד הוא לא ימנע משום שיש לו ריווח גדול בתפקיד זה שיוצא לו שם של אדם נאמן. אבל כשמינהו אבי היתומים ,הוא עושה כן כטובה, ואם נחייבו שבועה הוא ימנע מכך.
**בגמרא מבואר שרב חנן בר אמי בשם שמואל**הכריע שהלכה כאבא שאול.
**אמנם הגמרא ממשיכה להביא ברייתא בשם רבי אליעזר בן יעקב שאומר:** ששניהם ישבעו ושם נאמר שהלכה כדבריו.
**לבסוף מופיע ששנה רב תחליפא בר מערבא לפני דר׳ אבהו:**שאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים - ישבע... מפני שהוא כנושא שכר.
**כלומר** הגמרא מביאה מספר הכרעות במחלוקת זו שלכאורה סותרים.
**מכול מקום רוב הראשונים הניחו שהלכה כאבא שאול** שמשביעים רק את אפוטרופוס של בי״ד.
**וכתב הרי״ף**(גיטין כו.)שכל מה שלא משביעים זה רק כנגד טענת שמא, אך במידה ויש טענת ברי כנגדו משביעים.

## האם יש לעקוב אחר חשבונות האפוטרופוס ומתי, ומהי משמעותו של המעקב?

לשון הברייתא בגיטין נב.

וצריך לחשב עמהן באחרונה.

**ר״ש בן גמליאל אומר:** אינו צריך.

**נחלקו התנאים** האם האפוטרופוס צריך לחשב עם הקטנים בסוף האפוטרופסיות כמה הוציא והכניס.
**הרי״ף**(גיטין כו.)**פסק בשם גאון** שהלכה כרשב״ג, והוא גרס שהחולק עליו הוא רבי, וביאר שאיננו אומרים שהלכה כרבי מחבירו, במקום שחולק על אביו.
**נחלקו הראשונים בהבנת מחלוקתם:**

- **לדעת רש״י והר״ן**(גיטין כה: -כו. בדפי הרי״ף ד״ה ׳רשב״ג׳) המחלוקת היא האם האפוטרפוס צריך לחשב עמהם כמה הוציא ולהשבע על כך.
  **הרא״ש** (גיטין ה, ה)**הקשה** על ביאור זה שיוצא שבעצם מחלוקתם היא ממש מחלוקת ר׳ אבא ות״ק מתי אפוטרופוס צריך להשבע וזה לא מסתבר (הקושיא מתעצמת אם נפסוק כרי״ף שהלכה כרשב״ג שאין צורך לחשב, משום שראשונים רבים הבינו מהמשך דברי הברייתא שמחלוקת רשב״ג ות״ק עוסקת באפוטרופוס שמינוהו בי״ד, וא״כ היה לנו לפסוק כרבי שצריך לחשב כשם שצריך להשבע שהרי זו אותה מחלוקת).
- **הרא״ש**(גיטין ה,ה)**ביאר** שהמחלוקת היא רק לעניין הצורך לעשות חשבון.
- **העיטור** (אות פ אפוטרופוס דף עח טור ג)**ביאר בדיוק הפוך מהבנת רש״י** שאכן מחלוקת רבי ורשב״ג תואמת למחלוקת אבא שאול ות״ק, אך בניגוד לרש״י ביאר העיטור שהמחלוקת נסובה רק על הצורך לחשב, וביאר שבמידה וצריך להשבע אין צורך לחשב,ובמידה שאינו צריך להשבע, הוא צריך לחשב.
  **על כן הסיק העיטור** שהיות ולהלכה נפסק כאבא שאול שמשביעים אפוטרופוס שמינוהו בי״ד, ואין משביעים אפוטרופוס שמינה אבי היתומים, יש לפסוק כרשב״ג באפוטרופוס שמינוהו בי״ד שאינו צריך לחשב היות והוא כבר נשבע, וכרבי באפוטרופוס שמינוהו אבי היתומים שצריך לחשב היות ואיננו משביעים אותו.

**הרמב״ם** (נחלות יא, ה)**פסק כרשב״ג** שאין מחשבים עם האפוטרופוס, ובמידה ומינוהו בי״ד משביעים אותו וכשלא מינוהו בי״ד אין משביעים אותו. (לכאורה פסק כדעת הרא״ש שאין קשר בין המחלוקות, משום שמלשונו משמע שלעולם אין צורך לחשב, ורק לעניין שבועה יש חילוק בסוגי האפוטרופוס).
**השו״ע העתיק את לשון הרמב״סבסעיף טז.**
**והרמ״א**(שם) **הביא את דעת העיטור בלשון יש אומרים** שאם מינהו אבי היתומים, הוא צריך לחשב היות והוא לא נשבע, וכתב הרמ״א שכך יש לנהוג.

## מתי כן מחשבים עם אפוטרוס?

**הבאנו לעיל שהעיטור סבר** שאין להשביע אפוטרופוס שמינה אבי היתומים, ולכן יש לחשב עמו, אך אם מינוהו בי״ד אין צורך לחשב עמו, משום שהוא כבר נשבע.
**העיטור ממשיך וכותב** שכל מה שנאמר שאין להשביע את האפוטרופוס שמינוהו בי״ד, זה דווקא לבסוף, אבל בתחלה צריכים בית דין לחשב עמו ולכתוב חשבון המטלטלין והקרקעות והחובות וכל מה שנתנו בידם.
**עוד כתב העיטור בשם הרב ב״ד** שכותבים שני שטרות אחד לאפוטרופוס ואחד לקרובים של יתומים אות באות והוא הנקרא שטר שמוש בית דין.
**וכן פסק השו״ע.**

## קשיים בלשון העיטור וחידוש הנתיבות שללא חשד הנובע מחשבון אין משביעים

**העיטור לאחר שהביא את חידושו** שיש לחשב בתחילה אף אם האפוטרופוס שמינוהו ביי"ד.
**הוא הוסיף משפט שנתקשו בו אחרונים רבים,** וזה לשונו: 'דהא על טענת בריא משבעינן ליה כדלקמן והילכך צריך שידעו מה קיבל'. (ומעין זה מופיע בטור ובשו"ע).
**משפט זה מעורר תמיהה** שהרי כרגע עוסק העיטור באפוטרופוס שמינוהו ביי"ד ושמשביעים אותו אף על טענת ספק, וזו הסיבה שאיננו מחשבים עמו לבסוף אלא רק בתחילה, וא"כ מה שייך לומר שמ"מ יש לחשב עמו בתחילה משום שבברי כן משביעים אותו[151]?
**הפרישה בפירושו השני הציע** שכוונת העיטור לומר שיש לחשב עמו בכדי להשביעו במקומות שאין משביעים בטענת שמא כגון בפחות משתי כסף לדעת הרמ"ה, [ובפרישה הוסיף -וכשאין הודאה במקצת לדעת הראב"ד],**וכן כתב בסמ"ע (ט).**
**הנתיבות (א) כתב שדברי הסמ"ע דחוקים** וביאר שכוונת העיטור שיש צורך בטענת ברי על החשד, ולכן צריך לחשב עמו בתחילה, שאם לא היה כלל חשד, לא היה ניתן להשביע אף את האפוטרופוס שמינו ביי"ד.
וביסס דבריו על הט"ז (סימן צג סעיף א)שכתב שאין משביעים את האפוטרופוס ללא הוכחה שיש לו חשד עליו.

### מה עושים כשניכר שהוציא יותר מצרכי היתומים?

**כתבו הריב"ש** (סימן שכד)שאם יחסר מהנכסים כל כך שאי אפשר שהוציא אותן בצרכי היתומים ויראה לבית דין בבירור שהוא גזלם אין ספק שהבית דין מונעין אותו ומוציאין ממנו כדרך שאמר איוב: "ואשברה מתלעות עול(כ"ט י"ז), **וכן כתב הרשב"א** (מיוחסות סימן קיח).

לשון השו"ע:

**כשימנו אותו, צריכין ב"ד לחשוב עמו ולכתוב חשבון המטלטלין והקרקעות והחובות וכל דבר שמוסרים בידו, דהא על טענת ברי משביעינן ליה, לכך צריך שידעו מה שמקבל ומה שמחזיר, וכותבים שני שטרות אות באות, אחד לאפוטרופא ואחד ביד ב"ד בשביל היתומים:**

## סעיף ד

### האם מותר לאפוטרופוס ללבוש בגדים נאים מכספי היתומים?

לשון הגמרא בגיטין נב.

עמרם צבעא אפוטרופא דיתמי הוה.
אתו קרובים לקמיה דרב נחמן, אמרי ליה: קא לביש ומכסי מיתמי!
אמר להו: כי היכי דלישתמען מיליה.
קאכיל ושתי מדידהו, ולא אמוד!
אימור מציאה אשכח.
והא קא מפסיד!
אמר להו: אייתו לי סהדי דמפסיד ואיסלקיניה.
דאמר רב הונא חברין משמיה דרב: אפוטרופוס דמפסיד מסלקינן ליה.
**דאיתמר** אפוטרופא דמפסיד:
**רב הונא אמר רב**- מסלקינן ליה.
**רבי רבי שילא אמרי**: לא מסלקינן ליה. והלכתא: מסלקינן ליה.

---

[151] הפרישה בפירושו הראשון והמהר"י בן לב (חלק ב סימן כח) הציעו שהטור והעיטור דיברו ביחס לאפוטרופוס שמינוהו אבי היתומים, ומה שכתוב מינוהו ביי"ד הכוונה שהיות והם מחשבים עמו לאחר מות האב, זה נקרא כאילו מינוהו (והם לא ראו את העיטור ובדבריו לא ניתן לומר כן, שהרי חילק במפורש בין מינוהו ביי"ד למינוהו אבי היתומים).
המהרש"ך (א קפז) דחה פירוש זה, (ונסמך על לשון המגיד ששם לא שיך בעיה בלשון זה).
הלחם משנה (יא, ה) תירץ באופן אחר, והוא שכוונת העיטור לומר שיש לחשב עמו בכדי שתהיה טענת ברי כנגדו וישבע שבועה מדאורייתא, ולא רק שבועת המשנה.
וכל הביאורים קשים, ובאמת לשון העיטור קשה, ושמא הדבר תלוי בגרסאות וצ"ע.

**מבואר בגמרא** שמותר לאפוטרופוס לללבוש בגדים יפים מכוח כספי היתומים בכדי שהוא יהא חשוב וישמעו לו אנשים, **וכן פסק השו"ע.**
**וכתב הסמ"ע (י)** שנראה שאם רוצים הקטנים למחות בו- הרשות בידם.
**הסמ"ע למד כן מדברי הרשב"א**(יא: ד"ה פעמים אפילו)**והמגיד משנה**(נחלות ט, טו) שנפסקו להלכה בשו"ע סימן רפו סעיף ב בעניין גדול האחים שלבוש יפה מנכסי תפיסת הבית שהרשות בידו במידה וזה לטובת היתומים אך אם יכולים הקטנים למחות בעדו.
לשון השו"ע:

**רשאי האפוטרופוס ללבוש בגדים נאים מנכסי היתומים, לתועלתם, כדי שיהיו דבריו נשמעים; והוא שיהיה ליתומים הנאה מנכסיהם בהיות דבריו נשמעים:**

## סעיף ה

### אפוטרופוס שמפסיד את היתומים

**בסעיף הקודם הבאנו** את הסיפור על אפוטרופוס שלבש בגדים על חשבון נכסי היתומים, ושיצאה טענה נגדו שגם אכל ושתה משלהם, שהרי הוא לא היה עשיר כזה שיכל לחיות מכספו בצורת חיים שכזו.
**רב נחמן פסק** שאין לסלקו שיתכן שמצא מציאה שהעשירה אותו.
עוד טענו שהוא מפסיד את נכסי היתומים [**וביאר רש"י:** 'שאינו מפרנס הקרקעות כראוי להם וקוצץ אילנות'].
**ופסק רב נחמן** שרק במידה ויבואו עדים שהוא מפסיד, יש לסלקו מהנכסים.
**הגמרא ממשיכה ומבארת** שהשאלה אם יש לסלק אפוטרופוס המפסיד נכסי יתומים נתונה במחלוקת.**ומכריעה הגמרא** שיש לסלקו[וכתב הרשב"א בתשובה (מיוחסות סימן קיח) שאין לך מפסיד גדול ממי שקבל ממון בחשבון ואומר שלא נשאר לו כלום].
**הרמב"ם**(נחלות י, ז)סבר שסיפור הגמרא עוסק דווקא במציאות שהאפוטרופוס נתמנה ע"י אבי היתומים, אך כשנתמנה על ידי בית דין- די בכך שהוא אוכל ושותה ומוציא הוצאות יתר מדבר שהיה אמוד בכדי לחוש שמא מנכסי יתומים הוא אוכל, ולסלקו ולמנות אפוטרופוס אחר במקומו.
**הרמב"ן**(גיטין נב: ד"ה הא דאמרינן)**הסכים לדברי הרמב"ם** וכתב שהם נכונים,**וכן פסק הריב"ש**(סימן שכד).
**לעומתם כתב הרשב"א**(גיטין נב: ד"ה 'קא אכיל')שהוא לא ירד לסוף דעתו של הרמב"ם, וביאר את תמיהתו, שאינו מבין כיצד מכוח שמועה אנו מסלקים אדם מתפקידו והרי אנו לא מחזיקים אנשים בגניבה ללא ראיות, ואם היינו חושבים שמכך שהוציא יותר מפי שיש לו יש ראיה לכך שהוא בזבז מנכסי היתומים, היה לנו לסלקו אף כשמינהו אביהם, אלא על כרחך שכל שניתן לתלות שהוא לא גנב, כך תולים.
**המגיד משנה השיב לדברי הרשב"א** שממחלוקת האמוראים אם יש לסלק אפוטרופוס המפסיד נכסי יתומים, מוכרח שלא מדובר כשמינוהו בי"ד שהרי כל עניינם למנות אדם נאמן שיודע לשמור על הנכסים ואם טעו בזה, ודאי שיש להם להחליפו אחר, ועל כרחך שמדובר באפוטרופוס שנתמנה ע"י אביהם, ומכאן יש ללמוד שאף פסיקתו של רב נחמן עסקה בסוג זה של אפוטרופוס, ובאפוטרופוס שמינהו בי"ד די בריעותא בכדי להחליפו.
**השו"ע פסק כדעת הרמב"ם** שכשמינוהו בי"ד יש לסלקו גם מן החשד.
**והרמ"א כתב** שיש חולקים.

### האם יש להשביע אפוטרופוס שנתמנה ע"י אבי היתומים והפסיד נכסיהם?

**עוד פסק השו"ע ע"פ דברי הרי"ף**(גיטין כו:)**והרמב"ם** (נחלות י, ז)שבמידה ונמצא שהפסיד יש להשביעו אף כשמינהו אבי היתומים שבד"כ אין משביעים.

### האם יש לקבל עדות על האפוטרופוס שהוא מפסיד נכסי יתומים שלא בפניו?

**הב"י הביא את דברי הריטב"א בתשובה** (סימן רו) **שפסק** שאין מקבלים עדות על האפוטרופוס שמפסיד מנכסי יתומים שלא בפניו.
**אך הביא שהרשב"א** (מיוחסות סימן קיח)**פסק** שניתן לקבל בזה עדות שלא בפניו, והוכיח כן מאותו סיפור שם משמע שכל הדיון התנהל שלא בפניו, שהרי אם הסיפור היה בפניו, היה רב נחמן פונה אליו ושואל אותו על הטענות שהעלו נגדו.

### אפוטרופוס שנתמנה ע"י אבי היתומים ומת אחד מהיתומים, אם בטל מינויו?

**כתב הרשב"א בתשובה**(מיוחסות קיח): שבמדה ומת אחד היורשים, כבר פקע מינויו של האפוטרופוס שמינה מכוח אביהן וניתן לסלקו, ולמד כן מכך שכתב הרמב"ם שדין יורשים שלא חלקו כדין שותפים, ובהלכות שותפים פסק שאם מת אחד השותפים, בטלה השותפות, וכבר יצא הממון לרשות היורשים.
**הב"י כתב** שדברי הרשב"א אינם נראים, וכתב שניתן לדחות את ראייתו מן הרמב"ם.

**וכתב הדרכי משה (ז)**שהאמת עם הב״י ׳כי הראיה אשר הביא מדברי הרמב״ם היא פחותה ורעועה מאוד אין לסמוך עליה׳.
**וכתב הרשל״צ הרב עוזיאל**(שערי עוזיאל חלק א פרק ב סעיף יא עמודים קלז-קלח) שהב״י והד״מ סתמו ולא ביארו דחייתם, ונראה שהדחיה היא שבמקרהשל שותפים נעשתה השותפות ע״י המת וכשמת,יש צורך ברצון היורשים להמשיך ולהשתתף, מה שאין כן באפוטרופוס שמינה אביהם, שמתחילה לא נתמנה על דעתם.
**אך הביא הרב עוזיאל שבשו״ת עפר יעקב המופיע בפחד יצחק**(מערכת אפוטרופסות עמוד צב: עפר יעקב לד[152])**הצדיק את דברי הרשב״א** וכתב שהב״י לא נתן טעם לדחייתו ואין לדחות את דברי הרשב״א ללא טעם, ועוד שהרי זה דומה למקרה שמת אחד האפוטרופסים שלדברי הכל בטלה האפטרופוסות (ועיין לעיל בסעיף א שהקצות הביא שאדרבה בזה פסק הרשב״א שלא בטלה האפוטרופסות של השני, אלא שהרב עוזיאל בספרו שם פרק ה פסק שאכן התבטלה אפוטרפסתו מכוח דברי הט״ז יו״ד קנח ה שהשיג על הרשב״א בזה, עי״ש ושם ביאר הרב עוזיאל שהכל תלוי במנהג ובדעת המוריש)
**והרב עוזיאל דחה דבריו וכתב** שאין לדמות למקרה שמתו האפוטרופסים משום שהכל תלוי המוריש, ועוד שהרשב״א עצמו סבר שיש מצבים בהם לא בטלה האפוטרופסות כמבואר בתשובותיו, עי״ש בדבריו.

## אפוטרופוס שהלווה ללא משכון לעניין סילוקו, והוצאת הכסף מהלוה

**כתב בתשובות מיימוניות**(משפטים סימן מ)שאפוטרופוס שהלווה מעות יתומים ללא משכון ולמחצית שכר, יש לסלקו בין מינוהו ב״ד ובין מינהו אבי היתומים מפני ששינו מהדרכת חז״ל בטיפול בנכסי היתומים כמבואר בב״מ ע.וגפי שיובא לקמן, וכל המשנה מדברי חכמים נקרא מפסיד, ולכן גם ניתן להוציא את הכסף מהלווה שזהו כל שכך מכך שניתן לסלק האפוטרופוס שניתן לסלק כל שבא מחמתו, ודימה זאת למכיר כליו ביד אחר שרשאי להוציא מידו, ובפרט שלווה מודה שזה הגיע לו מהיתומים.
**וכן פסק הרמ״א.**

## האם יש לחייב את האפוטרופוס על ההפסד שגרם ליתומים כשהלווה ללא משכון?

**הסמ״ע (יג) כתב בשם מהרי״ק** (שורש כג)שבמידה והלווה האפוטרופוס מנכסי היתומים באופן שלא ניתן להוציא מהלווה, הוא מוגדר כפושע ויש לחייבו על כך, וזאת על שאף שהלווה לאדם נכבד והגון.
**הנתיבות (ב) העיר שהסמ״ע שקיצר בדברי מהרי״ק**, והמהרי״ק עסק במקרה שהלווה למישהו שהיה ידוע שיש עליו חובות יותר מנכסיו ולכן הוא מוגדר כפושע. אך כתב הנתיבות שבמידה ושלא היה ידוע שהיה לו חובות עם שעבוד על נכסיו, יש לפוטרו ואין לומר בזה כיון שכל שטר יש עליו הקול, הרי הוא פושע, כמדוייק במהרי״ק שחייב רק מפני שהיה ידוע שיש עליו חובות.
**הפת״ש (א) העיר** שכל מה שנצרך המהרי״ק לחייבו מפני שהיה ידוע שיש עליו חובות זה משום שבמקרה שלו מדובר שהלוה היה אדם נכבד והגון אבל אם הלווה לא היה ידוע ככזה, כל הלוואה ללא משכון מוגדרת כפשיעה, **והביא שכן מבואר בתשובת נודע ביהודה**(תניינא סימן לד).
**אך הביא הפת״ש שהנודע ביהודה כתב** שבמידה ומינוהו ב״ד ואמרו לו שיעשה במעות שמסרו לו כטוב בעיניו לטובת היתומים, אינו חייב כיון שהבי״ד הרשוהו והוא חשב שזה היה הלוואה שווה, ׳ואולי ראו הב״ד כי בזמננו אם נחמיר בזוזי דיתמי כל כך בודאי לא יזדמן כלל כזה, ויכלו זוזי דיתמי אחת לאחת במזונות׳.
**עוד הביא מדברי הנודע ביהודה שהסתפק** באפוטרופוס שמינהו אבי היתומים והלווה בלא משכון, אם חייב, או שיש לפטרו שהרי הרמב״ן (גיטין נב. ד״ה ׳הלכה) סבר שכשמינוהו אבי היתומים הוא פטור אף על פשיעה, והש״ך (כה) הסתפק כיצד להכריע הלכה למעשה וכפי שיובא בע״ה לקמן, או שמצב זה חמור מפשיעה ומוגדר כמזיק בידים, וכתב שעניין זה תלוי במחלוקת (בסימן שא סעיף א) האם שומר שמסר לשומר חמור מפושע .

## האם אפוטרופוס יכול לתבוע שכר טרחה?

**הפת״ש הביא מדברי הנודע ביהודה**(תניינא חו״מ לד)שכתב שהאפוטרופוס אינו יכול לדרוש שכר טירחה על עבודתו במידה שלא התנה על כך בתחילה, ׳ובפרט שהוא לו לחשיבות שמינוהו ב״ד וגם מצוה קעביד, מסתמא נתרצה בלא שכר׳.

לשון השו״ע:

[152] ובהוצאת מוסד הרב קוק פחד יצחקערך ׳אפוטרופוסים שנים׳ כרך שני, עמ׳ תעא—תעד עפר יעקב ל״ד

**ב"ד שהעמידו אפוטרופוס ושמעו עליו שהוא אוכל ושותה ומוציא הוצאות יותר מדבר שהיה אמוד בו, יש להם לחוש לו שמא מנכסי יתומים הוא אוכל, ומסלקין אותו ומעמידים אחר.**
**אבל אם מינהו אבי יתומים, אין מסלקין אותו, שמא מציאה מצא.**
**אבל אם באו עדים שהוא מפסיד נכסי היתומים, מסלקין אותו ומשביעים אותו, הואיל והוא מפסיד.**
הגה: ויש חולקין דאף כשמינוהו בית דין אין מסלקין אותו אלא אם כן באו עדים שהוא מפסיד (טור בשם הרא"ש).
אפוטרופוס שמלוה מעות יתומים לאחרים שלא היה לו להלוות, בית דין מוציאין מיד הלוה ומחזירין ליתומים, דמאחר דיכולין לסלק האפוטרופוס, כל שכן הלוה שבא מחמתו (תשובת מיימוני סוף ספר משפטים):

## סעיף ו

**אפוטרופוס שנתמנה ע"י אבי היתומים ששינה דרכו ונעשה אדם שאינו הגון**
לשון השו"ע:
**והוא הדין לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, והיתה שמועתו טובה והיה ישר ורודף מצות, וחזר להיות זולל וסובא והולך בדרכי חשך או שפרץ בנדרים ובאבק גזל, בית דין חייבים לסלק אותו ולהשביעו ולמצוא להם אפוטרופוס כשר.**
**וכל הדברים אלו כפי מה שיראה לדיין, שכל בית דין ובית דין הוא אביהם של יתומים.**
**כך כתב הרמב"ם**(נחלות י, ז).
**וביאר המגיד משנה** שהסיבה שניתן לסלקו היא משום שההנחה שאף אביהם היה מסלקו אם היה מתנהג כך בחייו, אך במידה ואכן התנהג כך אף בחיי האב, לא ניתן לסלקו.

## סעיף ז

**סמכויותיו ותפקידו של האפוטרופוס**
לשון השו"ע:
**כשמעמידים בית דין אפוטרופוס ליתומים מוסרים לו כל נכסי הקטן, הקרקע והמטלטלים שלא נמכרו, והוא מוציא ומכניס ובונה וסותר ושוכר ונוטע וזורע ועושה כפי מה שיראה שזה טוב ליתומים, ומאכילן ומשקן ונותן להם כל ההוצאה כפי הממון וכפי הראוי להם.**
**ולא ירויח להם יותר מדאי ולא יצמצם עליהם יותר מדאי:**
**כך פסק הרמב"ם**(נחלות יא, ד).
**וכתב המגיד משנה**: 'זה פשוט ומתבאר פרק הנזקין (דף נב) ובהרבה מקומות'.
**הסמ"ע (טו) מבאר** שבדרך כלל יש למכור את כל המטלטלים בכדי להרוויח בהם בהשקעה 'מעות למחצית שכר', והרמב"ם והשו"ע כתבו 'המטלטלים שלא נמכרו', על אותם מטלטלים שלא שייך למוכרם כגון אלו שיש בהם שבח בית אבות, או שלא מצליחים למוכרם.

## סעיף ח

**כיצד מטפלים במעות היתומים?**
לשון הגמרא בב"מ ע.
**אמר רבה בר שילא אמר רב חסדא, ואמרי לה אמר רבה בר יוסף בר חמא אמר רב ששת:** מעות של יתומים מותר להלוותן קרוב לשכר ורחוק להפסד.
**תנו רבנן:** קרוב לשכר ורחוק להפסד - רשע, קרוב להפסד ורחוק לשכר - חסיד, קרוב לזה ולזה, רחוק מזה ומזה - זו היא מדת כל אדם.
**אמר ליה רבה לרב יוסף:** הני זוזי דיתמי היכי עבדינן להו? - אמר ליה: מותבינן להו בי דינא, ויהבינן להו זוזא זוזא.
**אמר ליה:** והא קא כליא קרנא!
**אמר ליה:** מר היכי עביד?

**אמר ליה:** בדקינן גברא דאית ליה דהבא פריכא, ונקטינן דהבא מיניה, ויהבינן להו ניהליה קרוב לשכר ורחוק להפסד. - אבל דבר מסוים - לא, דלמא פקדון נינהו, ואתי מריה יהיב סימנין ושקיל ליה.

**אמר רב אשי:** תינח אי משתכח גברא דאית ליה דהבא פריכא, אי לא משתכח גברא דאית ליה דהבא פריכא ניכלו זוזי דיתמי?

**אלא אמר רב אשי:** חזינן גברא דמשפו נכסיה, ומהימן, ושמע דינא דאורייתא ולא מקבל שמתא דרבנן, ויהבינן להו ניהליה בבי דינא.

**הגמרא מתארת** כיצד יש לשמר את מעות היתומים, ומבארת שיש להלוותן באופן שהוא קרוב לשכר ורחוק להפסד, וזאת על אף שאדם רגיל שילווה באופן זה יקרה רשע, מכול מקום לצורך היתומים לא החמירו חכמים בזה. [לדעת רש"י הכוונה שהיא שמלווה באופן כזה שהוא נוטל חלק בשכר, אך לא לוקח כלל חלק בהפסדים, וזהו איסור של אבק ריבית בלבד, ולא גזרו כן על יתומים, וכן דעת הרמב"ם (מלוה ד, יד).
אמנם לדעת הריטב"א מציאות זו הינה ריבית גמורה, ולטענתו מדובר באופן שהוא לוקח חלק שווה ברווחים, ורק שליש מן ההפסדים, וזהו אינו אבק ריבית, אך העושה כן נקרא רשע, למעט לצורך יתומים].

**הגמרא ממשיכה להביא דיון בענייו זה בין רבה, רב יוסף ורב אשי:**

**רב יוסף סבר** שיש להשאיר את המעות בבית הדין, ולתת ליתומים זוז, זוז בהדרגה.

**רבה תמה עליו** שהרי במציאות זו כל מעותיהם של היתומים יכלו, על כן מציע רבה להלוות את הכסף למטרות רווח באופן שהוא קרוב לשכר ורחוק להפסד כמבואר לעיל, אך הלוואה זו תנתן דווקא לאדם שיכול לתת כמשכון זהב שבור שאין בו סימן, אך לא יקחו כמשכון כלים של זהב או חלי של זהב, שמא של אחרים הוא ויתנו סימן ויטלוהו אחר מותו[לקוח מלשון הרמב"ם והוסיף: "אם ידע הדיין שאין זה אמוד', ובתוספות (ד"ה 'אתא') מבואר שחשש זה קיים אף במידה והוא אמוד, ובאים עדים וטוענים שחפץ זה עם סימן זה היה שייך לאדם אחר וראו שהפקיד אותו אצל הלווה, וזהו מקרה של 'עדים וראה' ומוציאים מיד הלווה, עוד כתבו שבמקרה זה בי"ד יראה לעדים את החפץ שלא כמקרה רגיל, עי"ש, הסמ"ע (יח) רמז בקצרה להבדל בין הרמב"ם ותוס' בזה]

**רב אשי מעיר**שאף זה לא פתרון מספק, משום שלא תמיד ניתן למצוא לווה אשר יש לו זהב שבור, ובמציאות שלא נמצא אדם כזה יש להלוות[קרוב לשכר ורחוק להפסד] לאדם שיש לוקרקעות עדית עם אחריות, וצריך שיהיה אדם נאמן השומע לדיני תורה ומעולם לא קבל עליו נדוי.

**להלכה פסקו הרמב"ם** (נחלות יא, א) **והשו"ע כרבה וכרב אשי** שניתן להלוות לאדם אמין שיש לו קרקע ע"פ הכללים שהובאו לעיל או לאדם שנותן כמשכון זהב שבור, (וכתבו כן בסדר הזה שיש להלוות לאדם שיש לו קרקע וכשאין לו קרקע, על ידי לקיחת משכון זהב, ולא ברור שיש באמת עדיפות לאחד על השני, ונראה שהרמב"ם נקט כסדר זה מפני השכיחות ודוק).

## האם יש למנות אפוטרופוס על מעות יתומים?

**הרמב"ם פסק**שאין צורך למנות אפוטרופוס על מעות יתומים, וניתן להלוותם באופן שהוא קרוב לשכר ורחוק להפסד לאדם אמיד בעל קרקע או תמורת משכון זהב שבור כמבואר לעיל.

**הטור השיג על הרמב"ם** וסבר שאף לעניין מעות יש למנות אפוטרופוס בשביל שימצא לווה ראוי, והוא יעשה זאת טוב יותר מבי"ד.

**וביאר הטור** שאמנם מבואר שההלוואה תעשה בבי"ד, אך אין הכוונה שבי"ד הוא זה שילווה, אלא שהאפוטרופוס ילווה בפני בי"ד(וכן מבואר בפירוש הרשב"א לסוגיא).

**השו"ע נקט כלשון הרמב"ם** שאין צורך במינוי אפוטרופוס למעות היתומים.

**והרמ"א כתב בלשון 'יש אומרים'** כדעת הטור שיש למנות אפוטרופוס אף למעות.

## כמה רווח צריכים ליטול היתומים ממעות ההלוואה?

**ממשיך הרמב"ם ופוסק** שההלואה יכולה להעשות באופן כזה שהיתומים נוטלים שליש שכר או חציו, ובמציאות שנראה שיש צורך- ניתן להלוות אף באופן שנוטלים רק רבע מם השכר, **וכן פסק השו"ע**.

## מה עושים כשלא נמצא אדם שמוכן ללוות באופן שהוא קרוב לשכר ורחוק להפסד?

**עוד כותב הרמב"ם** שבמציאות שלא מצאו אדם שמוכן ללוות באופן שהוא 'רחוק לשכר וקרוב להפסד', מוציאים מן המזונות מעט עד שיקנו להן במעות קרקע וימסרו אותו ביד אפוטרופוס שיעמידו להן.

## האם יכול אפוטרופוס היתומים ללוות את הכסף מהיתומים?

**הטורוהנמוק"י** (ב"ב סז. ד"ה 'אמר המחבר הראב"ד ז"ל')**כתבו בשם הראב"ד** שגם אפוטרופוס היתומים יכול ללוות את המעות מהיתומים בעצמו, באופן שהוא קרוב לריוח ורחוק להפסד, אך התנה זאת בכך שיודיע לבי"ד שעושה כן , **והנמוק"י כתב שכן היא דעת הריטב"א**(ב"ב קמד. ד"ה 'רב ספרא')

**אמנם הטור כתב** שנראה לו 'שגנאי הדבר לעשות כן, משום לזות שפתיים'.

**הב"י הצדיק את דברי הראב"ד** וכתב שאין לחוש ללזות שפתיים, הואיל והוא הודיע על כך לבית דין.
**הרמ"א כתב בלשון 'יש אומרים' כדעת הראב"ד** שיכול אפוטרופוס היתומים ללוות מהיתומים כשמודיע על כך לב"ד.
**הסמ"ע (כ)ביאר** שההודעה לבי"ד מועילה רק באפוטרופוס של קטנים, הואיל ובית דין הוא אביהם של היתומים, אבל שומר של נכסי גדולים אינו יכול למכור לעצמו כן אף על ידי הודעה לבית דין כמבואר בסימנים עב ו-רצב.
לשון השו"ע:

**מעות של יתומים שהניח להם אביהם אינם צריכים אפוטרופוס.**

הגה: ויש אומרים דגם במעות מעמידים אפוטרופוס, שיותר ישתדל הוא בהן מבית דין (טור שם).

**אלא כיצד עושים בהם?**

**בודקין מי שיש לו נכסים שיש להם אחריות; ויהיו עידית; ויהיה איש נאמן ושומר דברי תורה ומעולם לא קבל עליו נידוי; נותנים אותם לו בבית דין, קרוב לשכר ורחוק מהפסד.** (ועיין בזה בי"ד סי' ק"ס).

**ואם אין לו קרקע, ונתן להם משכון זהב משובר שאין בו סימן, נותנין לו המעות קרוב לשכר ורחוק להפסד.**

**ויפסקו בשכר כפי מה שיראו הדיינים, או שליש השכר או חציו, אפילו רביע השכר ליתומים, אם ראו שזו תקנה להם, עושים.**

**לא מצאו אדם שיתנו לו המעות קרוב לשכר ורחוק להפסד, הרי אלו מוציאים למזונות מעט (מעט), עד שיקנו להם במעות קרקע וימסרו אותו ביד אפוטרופוס שיעמידו להם.**

הגה: י"א כמו שהאפוטרופס יכול ליתנם לאחרים, כך יכול לקבל המעות לעצמו, ובלבד שיעשה בבית דין, משום לזות שפתים (טור בשם ראב"ד וכ"כ נ"י בשמו בפ' מי שמת ובשם הריטב"א).

## סעיף ט

### כיצד מטפלים במטלטלים של היתומים?

לשון הגמרא בכתובות ק:

**אמר רב יהודה אמר שמואל:** מטלטלין של יתומים - שמין אותן ומוכרין אותן לאלתר.

**רב חסדא אמר אבימי:** מוכרין אותן לשווקים.

**ולא פליגי,** הא דמיקרב שוקא, הא דמרחק שוקא.

**הגמרא מביאה שרב יהודה בשם שמואל קבע** שהטיפול הנכון במטלטלי היתומים הוא למוכרם מיד.
**בעוד רב חסדא בשם אבימי אמר** שנכון לחכות למוכרם ליום השוק.
**הגמרא מסיקה שאין מחלוקת בינהם,** וכשקרוב השוק- ימתין, וכשלא קרוב- ימכור לאלתר.
**רש"י ביאר** שהדבר תלוי בזמן, כלומר- האם יום השוק קרוב.
**אמנם הרמב"ם**(נחלות יא, ב)**פירש** שמדובר במרחק גיאוגרפי, כלומר- האם העיר קרובה למקום השוק.
**השו"ע נקט כלשון הרמב"ם.**

### האם להמתין ליום השוק כאשר היין יחמיץ עד אז מעט?

המשך לשון הגמרא:

רב כהנא הוה בידיה שכרא דרב משרשיא בר חילקאי יתמא, שהייה עד ריגלא, אמר: אף על גב דנפל ביה איצצתא(ביאר רש"י- טעם קרוב להחמיץ), מייתי זוזא חריפא(ביאר רש"י- ממהר לבוא, לפי שהכל צריכין לכך ומביאין מעות ואין מקיפין להן באשראי).

### האם חייב האפוטרופוס להתייעץ עם בי"ד בספקות בטיפול בנכסי היתומים?

המשך לשון הגמרא:

רבינא הוה בידיה חמרא דרבינא זוטי יתמא בר אחתיה, הוה לדידיה נמי חמרא, הוה קמסיק ליה לסיכרא

אתא לקמיה דרב אשי, א"ל: מהו לאמטויי בהדן?

א"ל: זיל, לא עדיף מדידך.

**בגמרא מסופר** על רבינא שהחזיק ביין יתומים והסתפק אם להביאם ליום השוק, או להשאירם בביתו.

**והשיב לו רב אשי** שיביאם ליום השוק, משום שאין עדיפות בין יין זה ליינו שלו, וכשם שלוקח יינו שלו, כך יקח את יין היתומים.

**ברי"ף**(כתובות נח.) **וברא"ש** (כתובות יא, כא) **מבואר** שהספק הוא אם להשאירו בביתו על אף שיתכן שיחמיץ, או לקחת את היין עמו, על אף שיש סכנה שיקרה אונס בדרך.

**הרא"ש למד** ממקרה זה שאדם המחזיק בנכסי יתומים צריך לנהוג על פי דעת בי"ד 'ולא שיאמר מדעת עצמו אעשה כמו בשלי כי לא יצא בזה ידי חובתו להפטר מן האונס', וכתב הרא"ש שכן הדין לעניין מכירת מטלטלין של היתומים שהכל לפי ראות עיני ב"ד.

**הטור כתב שנראה שיש לסייג את דברי הרא"ש** שזה דווקא באדם המחזיק בנכסי יתומים ולא התמנה כאפוטרופוס, אך אפוטרופוס לא צריך ליטול רשות מבי"ד.

**הב"י כתבשיש לדחות את דברי הטור**, שהרי כל אדם המחזיק בנכסי יתומים דינו כאפוטרופוס 'ולא גרע' מיתומים שסמכו אצל בעל הבית שדינו כאפוטרופוס (כמבואר בסיכומינו בתחילת הסימן)

**עד כאן דנו בדברי הרא"ש אך מלשון הרמב"ם** נראה שכלל אין צורך שהאפוטרופוס יְוַוּעֵץ בבי"ד/ וכך כתב הרמב"ם:

**מי שהיה בידו שכר של יתומים אם יניחו כאן עד שימכר שמא יחמיץ, ואם יוליכו לשוק שמא יארעו אונס בדרך, הרי זה עושה בו כדרך שהוא עושה בשלו וכן כל כיוצא בזה**

**וכתב הב"י** שמדברי הרמב"ם נראה שמי שיודע את הדין אינו צריך להיוועץ בבית הדין.

**אמנם הסמ"ע כתב(כו)** שאין כלל מחלוקת בין הטור (והרא"ש)לרמב"ם, וכל מה שכתב הטור שצריך ליטול רשות בבי"ד זה כשיש חשש הפסד רק במעשה אחד, אבל כשיש חשש הפסד בשני הצדדים יכול לעשות כבשלו.

**אמנם הש"ך (י) כתב** שאכן נחלקו בזה הרא"ש והטור , והביא שכן כתב המהרשד"ם (סימן מו)

**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.**

**והרמ"א על דברי השו"ע שכתב**: כל המטלטלין של יתומים שמים אותם ומוכרים אותם בב"ד כתב כדברי הטור: 'דוקא שלא נתמנה עליהן אפוטרופוס. אבל אפוטרופוס עושה בלא בית דין כל מה שנראה בעיניו טובת היתומים'.

## מי שהלווה מעות יתומים לגויים ולקח משכונות, ורוצים היתומים לעכב משכונות בידיהם?

**המרדכי** (כתובות סימן רסא) **הביא תשובה** שדנה במקרה בו אדם שהתעסק במעות היתומים והלוה למשרתי ההגמון ולקח מהם משכון, ועברו שלוש שנים ללא פרעון ורצה האפוטרופוס לקחת משכונות אלו ולמכרם במקום שנמכרים ביוקר, ואותו אדם שהלווה למשרתי ההגמון, רצה שיחזירו לו את המשכונות, והוא ישלם סכומם כעת, וזאת משום שחשש ממשרתי ההגמון.

**ושם פסק בעל התשובה** שהדין עם היתומים ויכולים להעריכה בעיר, ושם ביאר שאין לדמות להקדש שאין לה אלא מקומה ושעתה, משום שלא עשו נכסי יתומים כהקדש אלא לתקנתם. ועוד שהאדם שהלוה למשרתי ההגמון פשע בכך שהלווה לאלמים כאלה, והיתומים קנו את המשכון, **וכן פסק הרמ"א.**

**הנתיבות (ג) הגביל דין זה וכתב** שמכול מקום אם רוצה האדם שהלווה למשרתי ההגמון לשלם ליורשים את הקרן והריבית- הדין עמו.

**עוד הוסיף הנתיבות** שאם המשכון היה שווה כדמי הקרן בלבד, הוא חייב לשלם את דמי הקרן בלבד, ואין לחייבו על הפסד הריבית משום שבזה הוא נחשב רק כמבטל כיסו של חבירו.

**אמנם הראשל"צ הרב עוזיאל**(שערי עוזיאל חלק א שער י פרק א הלכה ו עמוד קכד) **השיג על הנתיבות וכתב** שהיתומים קנו משכון זה לכל דבר ועניין, ואינם חייבים להשיב את המשכון בשום מצב. הרב עוזיאל כתב להוכיח כן מדברי המרדכי שכתב שהיתומים קנו את המשכון, וביאר שמה שתלה המרדכי זאת בכך שפשע, זה רק בכדי לבאר מדוע איננו מתחשבים בחששו של הלווה ממשרתי ההגמון, וזאת משום שהוא פשע ואין לנו להתחשב בו ולהפסיד ריוח היתומים.

לשון השו"ע:

**כל המטלטלין של יתומים שמים אותם ומוכרים אותם בב"ד.**

הגה: ודוקא שלא נתמנה עליהן אפוטרופוס. אבל אפוטרופוס עושה בלא בית דין כל מה שנראה בעיניו טובת היתומים (טור).

ומי שהיו בידו מעות היתומים והלוה אותן על משכונות של עובד כוכבים, ואחר כך בא אפוטרופוס של יתומים ואמר להוליכן למקום שדרין היתומים, כי יוכל למכרן שם ביוקר, והמלוה אומר שמתיירא מעלילות מן העובדי כוכבים ורוצה ליתן בהם מה ששוין במקומו, הדין עם היתומים (מרדכי פרק אלמנה ניזונית).
**ואם היה השוק קרוב למדינה, מוליכים אותם לשוק ומוכרים אותם, ויצטרפו דמיהם עם המעות של יתומים**[153].
**מי שהיה בידו יין או שכר של יתומים, אם יניחנו כאן עד שימכור שמא יחמיץ, ואם יוליכנו לשוק שמא יארעו אונס בדרך, ה"ז עושה בו כדרך שהוא עושה בשלו. וכן כל כיוצא בזה.**

## סעיף י

### האם מותר להוליך מטלטלים של יתומים במקום ספק סכנה

**בסעיף הקודם התבאר** כי לדעת הרמב"ם רשאי האפוטרופוס להוליך את יינם של היתומים אף בדרך שיש בה סכנה, כאשר האפשרות השניה היא להשאירם במקום ויתכן שיחמיצו.
**וכתב המגיד משנה שמדוייק מן הרמב"ם** שכאשר אין שום חשש להשאירם בביתו, אין היתר לסכנם ולהעבירם במקום סכנה, **וכן פסק השו"ע.**
לשון השו"ע:
**אין שולחים מטלטלים או סחורה של יתומים בדרך ים, ולא בדרך שיש בה ספק אונס, אלא שכר שיש בו חשש שמא יחמיץ כמו שנתבאר. וכן כל כיוצא בזה.**

## סעיף יא

### אלו דברים מוכרים מנכסי היתומים ולאיזה צורך?

לשון הברייתא בגיטין נב.
האפוטרופין תורמין ומעשרין, להאכיל ולא להניח.
ומוכרין להן בהמה, עבדים ושפחות, בתים, שדות וכרמים, להאכיל אבל לא להניח.
ומוכרין להן פירות, יינות, שמנים וסלתות, להאכיל אבל לא להניח...
ואין אפוטרופין רשאין למכור ברחוק ולגאול בקרוב, ברעה - ולגאול ביפה; מ"ט? דדלמא משתדפי
ואין אפוטרופין רשאין למכור שדות וליקח עבדים, אבל מוכרין עבדים ולוקחין בהן שדות.
**רבן שמעון בן גמליאל אומר:** אף לא למכור עבדים וליקח שדות.
מ"ט?
דלמא לא משפיין.

### לאיזה צורך מוכרים עבדים שפחות בתים ושדות?

**מבואר בברייתא** שמותר לאפוטרופוס למכור עבדים ושפחות בתים שדות וכרמים רק לצורך האכלתן, אבל לא על מנת להניח הכסף.
**וביאר רש"י** שזאת משום שיש לחוש שהכסף יגנב.
**עוד נתן רש"י טעם נוסף** וזאת משום שבח בית אביהם שהדברים הללו הינם נוי וכבוד להם.

### האם מותר למכור קרקע אחרת לצורך קניית אחרת?

**עוד מבואר בברייתא** שהאפוטרופוס אינו רשאי למכור נכס רחוק ולגאול קרקע קרובה, וכן למכור קרקע רעה ולגאול ביפה, שמא ישתדפו.
**אך ברמב"ם** (נחלות יא, ז) מופיע טעם אחר והוא משום שיש חשש שלא יצליח לקנות.
**השו"ע והטור העתיקו את לשון הרמב"ם.**

### מכירת שדות בעבור עבדים, ועבדים בעבור שדות

**עוד מבואר בברייתא** שהאפוטרופוס אינו רשאי למכור שדות ולקנות עבדים, אבל רשאי למכור עבדים ולקנות שדות.

---

[153] עיין בסמ"ע (כה) שדחה את פירושו של הלבוש לדברים הרמב"ם הללו ואכמ"ל.

**אמנם לדעת רשב"ג אף זה אסור**, ומבארת הגמרא שזאת משום שיש חשש שמא יצא עליו ערעור(ע"פ ביאור רש"י למילה 'לא משפיין'- לא משוקטות, שמא יצא עליו ערעור).
**ונחלקו הראשונים כמי לפסוק:**
**הרמב"ם**(נחלות יא, ו) פסק כרשב"ג שאין למכור כלל ואף לא עבדים תמורת קרקע.
**לעומתו הביא הטור שהרמ"ה והרא"ש פסקו כת"ק** שרשאי למכור עבדים תמורת קרקע.
**הב"י כתב** שאינו יודע היכן פסק הרא"ש כת"ק.
**השו"ע פסק כת"ק** שאין למכור אף עבדים תמורת קרקע.
**והרמ"א כתב** שיש מתירים.

## האם מותר למכור קרקע בעבור שוורים?

**בגמרא בגיטין נב. מסופר** על אפוטרופוס שהיה באיזורו של ר' יהושע בן לוי ומכר קרקע בעבור שוורים, ולא העיר לו על כך ריב"ל.
**וביארה הגמרא**שריב"ל לא מחה בו משום שהוא סבר כר' יוסי ששור נקרא כשדה ומותר להחליפו בקרקע.
**על פי זה פסק הרמב"ם**(נחלות יא, ו) שמוכרים שדה כדי לקנות שוורים לעבודת שדות אחרות, ונימק שהשוורים הם עיקר כל נכסי שדות.
**וכתב הב"י** שברור שלא ניתן למכור כל הקרקע לצורך שוורים, שהרי כל תועלת השוורים היא לצורך עבודת הקרקע, וכן פסק השו"ע.

## מה עדיף למכור קודם?

**כתב הטור** שכאשר נאלץ האפוטרופוס למכור את הנכסים בעבור האכלת היתומים, יש לו להעדיף למכור את הפחות קודם.כגון בהמה קודם לעבדים, ועבדים קודם לבתים, וכתב הטורשהכל לפי ראות עיני האפוטרופוס שהוא תועלתם. **וכן פסק הרמ"א.**

## מעמד שלושתם של אפוטרופוס ומעמד שלושתם לאפוטרופוס

**הרא"ש**(גיטין א, יח)**כתב בשם הרמב"ן** שלא ניתן להקנות מעות בקנין של 'מעמד שלוחתם' ע"י שליח הנותן, משום שמעמד שלשתן הוא 'הלכתא בלא טעמא' ו'הבו דלא לוסיף עלה'.
**על פי זה כתב תרומת הדשן**(סימן שמז)שאפוטרופוס אינו יכול להקנות ממונם של היתומים ע"י מעמד שלשתן.
**ומכול מקום כתב תרומת הדשן** שניתן להקנות מעות במעמד שלושתם לאפוטרופוס לצורך היתומים, משום שהאפוטרופוס קונה להם מדין 'זכין'.
**וכן פסק הרמ"א.**

לשון השו"ע:
**יש לאפוטרופוס למכור בהמה ועבדים, שדות וכרמים, להאכיל ליתומים.**
(ומוכרים בהמה קודם לעבדים, ועבדים קודם לבתים; והכל לפי ראות האפוטרופוס שהוא תועלת היתומים) (טור).
**אבל אין מוכרין ומניחים המעות. ואין מוכרים שדות ליקח עבדים, ולא עבדים ליקח שדות, שמא לא יצליח.**
(ויש מתירין למכור עבדים ולקנות שדות) (טור בשם הרא"ש והרמ"ה).
**אבל מוכרים שדה ליקח שוורים לעבודת שדות אחרות, שהשוורים הם עיקר כל נכסי שדות.**
**ואינו רשאי למכור אפילו שדה רעה והרחוקה כדי לקנות בדמיה שדה טובה וקרובה, שמא לא יצליח זה שקנה.**
(אין אפוטרופוס יכול להקנות מעות יתומים במעמד שלשה. אבל אם אחר מקנה ליתומים במעמד אפוטרופוס, קנו) (ת"ה סימן שמ"ז).

## סעיף יב

**סמכות האפוטרופוס לדון בנכסי היתומים**
לשון הברייתא והגמרא בגיטין נב.
ואין אפוטרופין רשאין לדון לחוב ולזכות בנכסי יתומים.
לזכות אמאי לא?
אלא, לחוב על מנת לזכות בנכסי יתומים.

**מבואר בברייתא** שאין האפוטרופוס רשאי לדון לחוב ולזכות בנכסי יתומים[154]
**הגמרא מקשה** מדוע האפוטרופוס אינו יכול לדון על מנת לזכות ליתומים, [והרי זוהי זכות בשבילם]
**ומיישבת הגמרא** שהכוונה שהיא שאינו רשאי 'לחוב על מנת לזכות'.
**רש"י ביארשקושיית הגמרא היא:** מדוע שלא ידון בשביל היתומים, ואם יזכה בדין- יזכו היתומים.
**ותירוץ הגמרא הוא**שאכן ניתן לדון ולזכות את היתומים, אך אם הפסידו היתומים אין זה מחייבם, [וכך פירש את הביטוי לחוב על מנת לזכות, בפשטות נראה שרש"י סבר שניתן לדון לכתחילה, אך לקמן נראה שיש שהבינו דבריו אחרת].
**אמנם נראה שהרמב"ם**(נחלות יא, ז) **הבין את הגמרא באופן אחר** משום שהוא כתב: 'ואין רשאין לדון ולחוב על מנת לזכות ליתומים שמא לא יזכו ונמצא החוב קיים'.
**המגיד משנה פירש** שהרמב"ם עסק דווקא בתביעה שהיא כנגד היתומים, ובזה לא ניתן לדון בזה כלל אף בכדי שיצאו זכאים, משום שיתכן שיתחייב, ולדעת הרמב"ם אין אפשרות לומר שאם הם התחייבו, זה לא יחייבם כפי שפירש רש"י משום שבזה תלקה מידת הדין שהתובע נכנס לדין שלא יכול לזכות בו.
**וביאר המגיד משנה שהרמב"ם מפרש** שהגמרא הבינה בתחילה שהברייתא אומרת שלא ניתן לדון בתביעה של היתומים, וכן לא בתביעה שהיא כנגד היתומים, והקשתה הגמרא: מדוע שלא יוכלו לדון בתביעה של היתומים, שהרי במקרה זה הם לא יכולים להפסיד, ותירצה הגמרא שאכן ניתן לדון בתביעה של היתומים, וכוונת הברייתא היא, שלא ניתן לדון בתביעה כנגד היתומים בכדי לזכות, מהחשש שבסופו של דבר, הם ייצאו חייבים[155].
**הראב"ד השיג על הרמב"ם** משום שפירש כרש"י ועל כן פסק שיכול לדון לזכות, ואם זכה- זכו היתומים ואם חב- לא חב להם.
**הטור והשו"ע פסקו כדעת הרמב"סע"פ ביאורו של המ"מ** שאין לאפוטרופוס לדון בתביעה שיצאה כנגד היתומים, שמא יתחייב בדין.

## אפוטרופוס שדן בנכסי יתומים האם דינו דין לזכות ולחיוב?

**המגיד משנה ביאר** שלדעת הרמב"ם אם דן האפוטרופוס ונתחייב- אין בכך כלום.
**אף הטור והשו"ע פסקו**שאם דן ונתחייב אין בכך כלום.
**אך הטור והשו"ע הוסיפו**שאם זכה- זכייתו זכיה.
**מדברי הד"מ (י**)נראה שהבין שכך גם דעת המ"מ** משום שכתב שהמ"מ פירש את הרמב"ם כרש"י.**ונראה שהוא הבין שאף רש"י סבר** שלכתחילה אין לדון, אך אם דן זה מועיל לזכות ולא לחובה, וזה שלא כראב"ד שסבר שיכול לדון לכתחילה(וכך ביאר במפורש רבינו קרשקש בדעת רש"י).
[**אמנם נראה שקשה לבאר כן ברמב"ם ע"פ המ"מ** שא"כ חזר העניין שלקתה מידת הדין.
**ובאמת רבינו קרשקש פסק בשם רבו** שאין לו לדון בין לזכות ובין לחובה, ולכן במידה ודן- אין דינו דין בין לזכות בין לחובה.
**עוד יש להעיר שהד"מ עצמו הבין בתחילה בדברי הרמב"ם** שלדעתו לכתחילה אין לדון, אך למעשה אם דן דינו דין בין לחוב ובין לזכות[156]]

---

[154]אמנם בגמרא בקידושין נאמר בשם רב שיתומים שבאו לחלוק בנכסי אביהן- בית דין מעמידין להם אפוטרופוס לחוב ולזכות.
התוספות (קידושין מב. ד"ה 'אלא לחוב') התייחסו לסתירה זו ותירצו שיש לחלק בין מציאות שתובעים את היתומים שבזה אין לדון, שמא לא יתבעום כשיגדלו, לבין מציאות שהאפוטרופוס תובע לטובת היתומים, שבזה יכול לתבוע – לחוב על מנת לזכות, ועיין עוד בריטב"א ובתוס' רי"ד ביחס לסתירה זו.

[155]ובאחרונים מצינו עוד פירושים בדברי הרמב"ם:

- **האבן האזל פירש** שכל דברי הרמב"ם מוסבים על קיום שטר חוב שכנגד היתומים, שיכול להעשות אף בזמן שהם קטנים. כמבואר בסימן קי. והאפוטרופוס רוצה להביא עדים שיכחישו את השטר בכדי למנוע תביעות משטר זה. והנה לכאורה לא הייתה אמורה להיות בעיה בזה, שהרי בלאו הכי יכולים לקיים את השטר, ומכול מקום סבר הרמב"ם שאין לעשות כן, הואיל שבמידה ויוכחשו העדים יתברר הדבר בב"ד שהחוב הוא חוב, וזה רעה ליתומים שאם יצטרך האפוטרופוס למכור מנכסיהם להאכילם, יהיה מפורסם שיש עליהם חוב, ואנשים לא ירצו לקנות את נכסיהם.
- **מרכבת המשנה ביאר** שיש לקרוא את הרמב"ם בהקשרו: 'אין האפוטרופין רשאין למכור ברחוק ולגאול בקרוב למכור ברעה ולגאול ביפה, שמא לא יצליח זה שקנו, ואין רשאין לדון ולחוב על מנת לזכות ליתומים שמא לא יזכו ונמצא החוב קיים.' ומבואר שמדובר באופן שהאפוטרופוס רוצה לחייב ממש את היתומים, וזאת בכדי להשיג ע"י חוב זה, זכות ליתומים בדומה למוכר שדה רעה בעבור טובה.
[ודוגמא לדבר: בטענת חזקת ג' שנים שהמערער טוען הרי פלוני אכל פירותיה שנה אחת ומודה האפוטרופוס שפלוני אכל ברשות, ובזה חייב את היתומים שלא יוכלו לתבוע את האוכל, אך חיוב זה נוצר בכדי לתת להם להחזיק בקרקע, אך יתכן שהמערער יטען שהוא השכיר להם ויביא עדים על כך, ובזה יוצא שגם לא יזכו בקרקע, וגם לא יכולו לתבוע מהאוכל תשלום על אכילת הפירות].
ובאר מרכבת המשנה שבזה מבואר החילוק בין גמרתינו ממנה עולה שאינו יכול לחוב על מנת לזכות, לבין המבואר בקידושין מב. שהבאנו בהערה 155 שניתן לחוב על מנת לזכות, וביאר מרכבת המשנה שבקידושין הכוונה שיכול אדם לירד בדין ואם יתחייב יתחייב, וכל מה שאינו יכול זה לחייבו על מנת לזכותו .[אך פירושו דחוק בכך שיש ב' משמעויות שונות למושג לחוב על מנת לזכות.

[156]והיה ניתן לדייק כן ברמב"ם מכך שכתב שמא לא יזכו ונמצא החוב קיים ומשמע שאם בפועל דנו, אכן דינהם דין, אך אין זה מוכרח שיתכן שלא כתב כן אלא כטעם מדוע אין לדון אך למעשה אין דינו דין עיין בזה ודוק.

לשון השו"ע:

**היה לאדם תביעה אצל היתומים, אין לאפוטרופוס לטעון בשבילם לדון עמו, שמא יתחייב בדין. אבל אם ירד עמו לדין וטען בשבילם וזכה, הדין קיים.**

## נאמנות אפוטרופוס להעיד לטובת היתומים

**הטור כתב בשם הרא"ש** (כלל פז סימן ג)**בשם העיטור**(ק- קבלת עדות דף סב:) שאפוטרופוס כשר להעיד כעד אחד.

**וכתב הרא"ש** שגם התוספות הסכימו לכך , וסיים :'ודבר פשוט הוא שהוא כשר כשאין מקבל פרס, שאינו נוגע בדבר'.

**וכן פסק השו"ע בסימן לז סעיף ח**.

**אמנם הד"מ (טז*) ציין שהמרדכיבסנהדרין** (סימן תרצו) **כתב שריב"א סבר** שהאפוטרופוס נאמן רק כשהוא לא עוסק בצרכי יתומים ורק טוען בשבילם. [ויש לציין שכן עולה במפורש בתשובת מהר"ם (דפוס פראג סימן תנט).

**אך כתב הדרכי משה שבתשובת מיימוניות בסוף ספר משפטים** (לא מצאתי) **מבואר** שכל אפוטרופוס כשר להעיד, וציין שכן עולה מדברי המרדכי בב"מ (סימן שלב). [ונראה שכוונתו מה שכתב שם המרדכי בשם מהר"ם שאם מודה אדם שלווה ממעות יתומים, אלא שטוען שפרע- האפוטרופוס נוטל ממנו ללא שבועה, משום שדינו של האפוטרופוס כדין שליש וכדעת ר"ת ששליש נאמן בלא שבועה, ומבואר בדבריו שאף אפוטרופוס שמתעסק בנכסי היתומים אינו מוגדר כנוגע ולכן נאמן לעיתים אפילו יותר מעד רגיל, ומכאן עולה שלכאורה לא גרע מעד רגילעל אף שלכאורה ניתן לדחות שכל שהאמינוהו אין משמעות לכך שהוא נוגע].

**על פי זה פסק הרמ"א:** 'והאפוטרופוס נאמן, אם ידוע שהמעות של יתומים, שהרי אינו נוגע בדבר ולכן יוכל להעיד'.

**הנתיבות (ד)** סייג את נאמנות האפוטרופוס וכתב שכל נאמנותו של האפוטרופוס קיימת רק במציאות שהאמינו אבי היתומים באופן כזה שלא יוכלו היתומים לתבוע אותו ולחשוד בו שלקח מהם כסף כגון שאינם יודעים מהוצאותיו.

**אף ערוך השולחן (יח)** נקט שנאמן רק כשהיתומים אינם יכולים לתבעו וכתב כגון שמינהו אבי היתומים או הב"ד שיהא לו כל דין תורת נאמנות בלא שבועה.

**הנתיבות הוסיף להביא את דברי האגודת אזוב**(סימן לז) שהקשה על השו"ע שכתב שאפוטרופוס נאמן להעיד ,ולא סייג שזה דווקא כשאינו מתעסק במעות היתומים, ולמד האגודת אזוב שהרמ"א אכן סבר שזה דווקא כשאין בידו ממעות היתומים, ולכן שם בסימן לז ציין לעיין בדבריו כאן, שכתב שהוא נאמן כשידוע שהמעות של היתומים.

**הנתיבות דחה דבריו וכתב** שבמרדכי בב"מ מוכח שגם כשהמעות בידו נאמן.

**וביאר הנתיבות לשיטתו** שאין קושיא מהמרדכי בסנהדרין משום ששם עסק המרדכי במקרה שאם היה המעות היו ביד, ולא היה נאמן בעדותו הוא היה מתחייב בפשיעה, ולכן הוא נוגע ואינו נאמן, מה שאין כן במקרה שלנו שמדובר שבלאו הכי לא יכלו לתבעו כמבואר לעיל. [אמנם יש לציין שבד"מ נראה שסבר שאכן יש מחלוקת בין ב' המרדכי הללו, ובאמת צריך להבין כיצד דברי הד"מ צריכים לימוד, שהרי אם ההמרדכי בב"מ עסק במציאות שהוא נוגע מדוע שיהיה נאמן, ואם הוא אינו נוגע מדוע שהמרדכי בסנהדרין יחלוק, וקצת נראה שהבין שהמרדכי בסנהדרין סובר שכל שמתעסק במעות יתומים הרי הוא נחשב כנוגע, ואין לדון כל מקרה לגופו, והדבר עוד צריך תלמוד]

## מתי נאמן אפוטרופוס כשליש?

**הבאנו לעיל שכתב המרדכי בשם מהר"ם** שאם מודה אדם שלווה ממעות יתומים, אלא שטוען שפרע- האפוטרופוס נוטל ממנו ללא שבועה, משום שדינו של האפוטרופוס כדין שליש וכדעת ר"ת ששליש נאמן בלא שבועה (עיין בעניין נאמנות שליש בתשובת מהר"ם דפוס פראג סי' תשל"ט שדן בזה באריכות ובתשובות מיימוניות משפטים מד).

**אך כתב מהר"ם** שאם הלווה טוען שהוא לא מאמין שלווה מנכסי יתומים, שיתכן שלווה מנכסי האפוטרופוס עצמו, האפוטרופוס צריך להשבע שהלווה אכן לוה מנכסי היתומים.

**הש"ך (טו) כתב** שכל מה שנאמן האפוטרופוס מדין שליש, זה דווקא במציאות שיש בידו משכון או דבר אחר השייך ללוה ובזה נהפך להיות שליש שנאמן בלא שבועה.

**עוד כתב הש"ך (טז)** שרק במדה שהלווה מודה שהוא זה שהלווה ממעות היתומים, יש לדונו כשליש, ולא די בכך שמודה שלווה ממעות היתומים, וכתב שלשונו של הרמ"א קצת מגומגם בזה.

**וכתב הש"ך (טו)** שכשאין לו משכון, נאמן האפוטרופוס כדין עד אחד ומשביע את הלוה שבועה דאורייתא שאינו חייב, [כמבואר בפסקא הקודמת שאפוטרופוס נאמן להעיד].

לשון הרמ"א:

הגה: והאפוטרופוס נאמן, אם ידוע שהמעות של יתומים, שהרי אינו נוגע בדבר ולכן יוכל להעיד (מרדכי פרק איזהו נשך), כדלעיל סימן ל"ז סעיף ח'.

## האם אפוטרופוס יכול לטעון ליתומים טענה שאינה שכיחה ובאיזה שלב טוענים ליתומים טענות לטובתם

דיון בעניין טענות בי״ד לטובת היתומים התבארו באריכות בסיכומינו לסימן קח סעיף ד, ונביא בקצרה את השייך לענייננו.

**נחלקו הראשונים האם ב״ד טוענים טענה שאינה שכיחה בעבור היתומים:**

**דעת תוספות**(ב״ב ע: ד״ה ״מ״ד) **ורא״ש בתשובה**[157] שאין טוענים ליתומים טענה שאינה שכיחה.

**אך לעומתם סבר הרמב״ן**[158] שטוענים ליתומים אף טענה שאינה שכיחה.

**השו״ע בסימן קח סעיף ד סתם כתוס׳ וכרא״ש** שאין טוענים, **והביא בלשון יש אומרים** כדעת הרמב״ן שטוענים, [ושם בסימן קח נטה השו״ך (ח) לדעת הרמב״ן שניתן לטעון טענה שאינה שכיחה ליתומים].

**וכתב הרא״ש בתשובה**(כלל פו סימנים א- ב) שעל אף שבי״ד לא טוען טענה שכיחה ליתומים, יכול האפוטרופוס לטעון להם אף טענה שאינה שכיחה.

**הרא״ש למד כן מדברי הגמרא בכתובות קט:**שם הובא מעשה שפסק אביי נגד היתומים, עד שטען האפוטרופוס של היתומים טענות שקיבל.

ולאור זאת אמר אביי שהממנה אפוטרופוס ימנה אדם כמו אפוטרופוס זה שיודע להפך בזכויות היתומים.

**וביאר הרא״ש** שהאפוטרופוס טען טענה שאינה שכיחה שללא שהיה טוען, לא היינו טוענים לו כן.

[וכדבריו פירש בפסקי הרי״ד בכתובות קט: בתירוצו הראשון.]

**אמנם תוס׳**(כתובות קט: ד״ה ״אמר ליה׳)**פירשו את הגמרא באופן אחר,** וביארו שאביי לא זכר את הדין שהזכיר האפוטרופוס, שאילו היה זוכר היה טוען מעצמו עבורם.

**והרשב״א**(שטמ״ק כתובות קט: ד״ה ״הוה׳)**ביאר באופן נוסף**שבמקום שיש אפוטרופוס אין ב״ד טוענים עבור היתומים קודם שיטען האפוטרופוס, משום שבמידה ויטען ברי כנגד הטענה שהיא לטובתו, לא נוכל לטעון לו.

**הרמ״א בסימן קח סעיף ד פסק כדברי הרשב״א** שאין טוענים ליתומים קודם שיטען האפוטרופוס.

**ובסעיף שלנו חיבר לכאורה בין ביאור הרא״ש לדברי הרשב״א:**

**בתחילה פסק הרמ״א כרא״ש** שאפוטרופוס יכול לטעון טענה שאינה שכיחה.

**ובהמשך פסק כדברי הרשב״א** שאין טוענים ליורשים כשטוענים היורשים בברי כנגד הטענה שהיא לטובתם, ולכן אין טוענים ליתומים קודם שישמעו את טענותיהם תחלה.

[**ולכאורה צריך עיון** כיצד פסק הרמ״א כאן כתוס׳ ושם כרא״ש והרי אלו תירוצים סותרים, שלפי התוס׳ באמת היה ניתן לטעון ליתומים גם באופן הזה ובהערות על פסקי הרי״ד הערה א175 נשארו על כך בצ״ע].

**הקצות בסימן קח ס״ק ה**[וחזר על כל דבריו בקצרה כאן ס״ק ב]ביאר את סברת הרא״ש שכל שלבו של האפוטרופוס נוקפו בספק יכול לטעון, ולבם של ב״ד אינו נוקף אלא בטענה שכיחה ולכן הם אינם טוענים ליתומים.

[**על פי דברי הרא״ש הנ״ל כתב הקצות** שאף לדעת הרא״ש שאין טוענים ״נאנסו׳ ליתומים מכל מקום יכול האפטרופוס לטעון כן ליתומים.

**ועל פי זה כתב הקצות** שאם היתומים הם גדולים יכולים לטעון מעצמם טענת אונס, שהרי הם אינם גרועים מאפוטרופוס.

**ושם הקצות על דבריו** מהגמרא בב״ק קיב. בעניין מאכיל בניו מן הגזל, פסקה הגמ׳ שהגדולים חייבים לשלם ואינם יכולים לומר ״אין אנו יודעין חשבונות שחשב אבינו עמך׳ כלומר שאינם יכולים לומרשיתכן שהחזיר לך בדמים, ואף שביארו המאור והרא״ש שהוא טענה שאינה שכיחה, מ״מ היה לנו לקבל אותה מהיתומים עצמם. ואף אם היא טענה שאינה שכיחה כלל, מהיתומים עצמם היה לנו לקבל כמו שאביהם היה נאמן בה, הקצות בסימן קח נשאר בצ״ע.

אך אצלינו תירץ הקצות, שכל שטוענים בעצמם, נשארת הטענה בגדר ספק, והרי זה כאיני יודע אם פרעתיך וחייבים לשלם, ורק כשבי״ד טוענים להם זה נחשב כטענת ברי, ולכן זה מועיל אף בספק פרעון ע״ש]

המשך לשון הרמ״א:

אף על גב דאין בית דין טוענין ליתומים מילתא דלא שכיחא, אף על גב דאבוהון הוי מצי למטען, מכל מקום אם טען אפוטרופוס, טענתיה טענה (הרא״ש ריש כלל פ״ו וב״י בשם הרשב״ץ).

והא דאמרינן טוענים ליורש, הני מילי בשמא, אבל אם הוא טוען ברי, אין דנין אלא על פי טענותיו.

ולכן אין טוענין ליה עד ששומעין טענותיו תחלה (בית יוסף בשם הרשב״א ורבינו ירוחם נ״א ח״ב).

---

[157] כלל פו סימנים א-ב.

[158] ב״ב ע: ד״ה נשבע, וכן במלחמות לז.

## סעיף יג

### האם אפוטרופוס רשאי לשחרר עבדים?

לשון הברייתא בגיטין נב.

ואין אפוטרופין רשאין להוציא עבדים לחירות, אבל מוכרין אותן לאחרים ואחרים מוציאין אותן לחירות.

**רבי אומר**, אומר אני: אף הוא נותן דמי עצמו ויוצא, מפני שהוא כמוכרו לו

**מבואר בברייתא** שאין בסמכותו של האפוטרופוס לשחרר את עבדי היתומים, אך הוא רשאי למוכרם לאחרים, ואחרים רשאים כמובן לשחררם.

**מדברי ת"ק עולה** שהאפוטרופוס לא יכול לקבל כסף מהעבד עצמו ולשחררו.

**אמנם רבי חולק וסובר**, שיכול לקבל כסף מהעבד עצמו להשתחרר.

**רוב הראשונים**(תוספות גיטין לח: ד"ה 'אין', ר"ן גיטין כה: בדפי הרי"ף, רשב"א גיטין נב. ד"ה 'רבי אומר') **פירשו** שחכמים סוברים שלא ניתן לעשות כן, משום שזה נראה שהאפוטרופוס מזלזל בנכסי היתומים ומשחרר את העבד סתם כך, ולא בשווים.

**אמנם הראב"ד** (השגות נחלות יא, ח)**הביא בשם יש מי שאומר** שטעמם של חכמים הוא שעבד לא יכול לקנות עצמו בכסף [לשון הגמרא אין כסף גומר, עיין גיטין לט:] ולדעת רבי יכול לקנות עצמו בכסף.

**הרמב"ם**(נחלות יא, ח) פסק כחכמים שאפוטרופוס לא יכול לקבל דמים מהעבד ולשחררו, זאת בעוד בהלכות עבדים (פרק ה הלכות א-ב) פסק כרבי שעבד יכול להשתחרר בכסף.

**וביאר המגיד משנה שהרמב"ם** סבר שאין תלות בין המחלוקות וכפי שביארו רוב הראשונים.

**הראב"ד בהשגות כתב שיש שפוסקים** כרבי שאפטרופוס יכול לשחרר את העבד ולקבל ממנו כסף, משום שהם חושבים שיש קשר בין המחלוקת, ונפסק כרבי שעבד יכול לקנות עצמו בכסף.

**הטור והשו"ע פסקו כרמב"ם** שהלכה כחכמים והאפוטרופוס לא יכול למכור העבד לעצמו.

**הרמב"ן**(גיטין נב. סוד"ה הא דתנן) **והרשב"א**(גיטין נב. ד"ה יתומים) **סייגו דין זה ע"פ התוספתא**(ב"ב פרק ח)וכתבו שברשות בי"ד רשאי האפוטרופוס לשחרר את העבד אף לעצמו, **וכן כתב הטור בשם הרמ"ה.**

**וכן פסק הרמ"א.**

**הפת"ש (ד) הביא מחלוקת אחרונים** האם ברשות בי"ד רשאים לשחרר עבדים אף כששייך האיסור של 'לעולם בהם תעבודו (שבות יעקב א, צה) או שרק במקום מצוה שלא שייך האיסור רשאים לשחרר (חמדת שלמה אבן העזר סימן ז).

לשון השו"ע:

**אין האפוטרופסין רשאים להוציא עבדים לחירות, אפילו ליקח מהעבד דמים שיצא לחירות, אבל מוכרים אותם לאחרים ולוקחים מהם הדמים על מנת שיוציאוהו לחירות, ואותם האחרים הם שמשחררים אותם.**

(וכל זה לא מיירי אלא בלא רשות בית דין; אבל אם נטל רשות מבית דין, מותר לעשות כל מה שירצה) (טור בשם הרמ"ה ור"ן פ' הניזקין):

## סעיף יד

### האם אפוטרופוס יכול לעשר מנכסי היתומים?

לשון המשנה בגיטין נב.

יתומין שסמכו אצל בעל הבית, או שמינה להן אביהן אפוטרופוס - חייב לעשר פירותיהם.

**המשנה קובעת** שהאפוטרופוס מחוייב לעשר מפירות היתומים.

**הגמרא מקשה על כך** שמבואר בברייתא שלא מועילה הפרשתו של האפוטרופוס, וזה לשון הגמרא:

ורמינהו: אתם - ולא שותפין, אתם - ולא אריסין, אתם - ולא אפוטרופין ולא התורם את שאינו שלו!

מתרצת הגמרא:

אמר רב חסדא, לא קשיא: כאן להאכיל, כאן להניח.

כלומר, על אף שלמדנו מן הפסוק, שלא מועילה הפרשה של מי שאינו בעלים על הפירות ואף אפוטרופוס בכלל זה, אין זה אלא כשמפריש על מנת למכור, אבל כשמפריש על מנת לתת ליתומים לאכול- הפרשתו מועילה.

**הרמב"ן מציע ב' אפשרויות להבין מדוע במציאות שהוא מפריש בכדי להאכילם, הפרשתו מועילה:**

א. זוהי תקנת חכמים לצורך היתומים, והפקירו את הפירות מידי היתומים לצורך, 'והפקר בי"ד הפקר'

ב. שכל שהדבר זכות ליתומים, מועילה הפרשתו מדין 'זכין לאדם של בפניו'.

**רוב הראשונים**(רשב"א, ריטב"א, רי"ד, תוספות גיטין מ: ד"ה 'וכתב ליה') **נקטו כטעם הראשון**, שזוהי תקנת חכמים.

**אך הרמב"ן עצמו צידד בטעם השני**, שההפרשה מועילה מן הדין, מדין 'זכין'.

## מה יעשה עם הפירות שהיתומים לא אוכלים מהם?

**מהמבואר למעלה עולה** שהאפוטרופוס לא יכול להפריש מהפירות שהיתומים לא אוכלים מהם.

**ונחלקו הראשונים כיצד ינהג הם האפוטרופוס:**

**הרמב"ם** (נחלות יא, ט)**כתב** שימכור את הפירות טבל כפי שהם ו'הרוצה לתקן יתקן'.

**הראב"ד משיג עליו** ש'אין הדעת נוחה בכך שימכור טבל להכשיל בני אדם.

**על כן כתב הראב"ד**שהאפוטרופוס יניח פירות אלו עד שיהיה ריוח במכירתם ואז ימכור, ונימק 'שאינו שליח אלא לצורך שעה'.

**דברי הראב"ד אינם בהירים דים**, שהרי אף הוא מודה שמוכרים אותם כשיהיה בזה ריווח, ולא מבואר בדבריו מה יעשה באותה העת, האם יפרישם קדו שימכרם או שימכרם טבל.

**המגיד משנה הניח** שכוונתו שכאשר יהיה ריווח במכירתם, הוא יעשרם, שהרי הראב"ד התנגד למכירת טבל.

**והמגיד משנה כתב**שלא מובן מה תועלת בהמתנה זו, אם ממילא האפורופוס ייעשר בהמשך.

**וכתב המגיד משנה שאכן רש"י**(ד"ה 'להניח')**סבר** שפירות אלו ישארו באוצר ורק כשיגדלו יעשרו אותם.

**וכתב המגיד משנה:** 'ויש טעם לדבריו לפי שכשיגדלו היתומים תהיה טובת הנאה שלהם'.(וצ"ע בביאור רש"י וכי לא ירקיבו עד אז, ויש לבארשרש"י עסק בתבואה שאינה מתקלקלת, וא"כ אין להוכיח מה תהיה דעתו בדבר שמתקלקל האם יעשר או ימכור טבל).

**מרכבת המשנה**(חעלמא) השיב לתמיהתו של המגיד משנה על הראב"ד[מה התועלת בהמתנה] **וביאר** שלדעת הראב"ד כל ההיתר לאפטרופוס לעשר הוא מכוח זכות ו'זכין לאדן שלא בפניו' וכדברי הרמב"ן שהובאו לעיל, ולכן אין לו היתר לעשר כל שאין זה זכות להם, ורק במידה ויש בזה ריוח, יהיה רשאי להמתין ולכן מחכה לשעה זו, וכתב שזו כוונתו של הראב"ד שכתב 'שאינו שליח אלא לצורך שעה'.

[אך מרכבת המשנה נשאר בקושיא על על תמיהתו של הראב"ד [כיצד ימכור טבל] שהרי מבואר במשנה (דמאי ה,ט) שאין למכור טבל אלא לצורך, ובירושלמי (ה, ז) מבואר שלצורך מותר למכור לחבר, וא"כ אין כלל קושיא על הרמב"ם שמתיר למכור טבל, שהרי זהו לצורך, היות ואינו רשאי לעשר, והדרך היחידה למכור היא למכור טבל ולהודיעו.

אבן האזל הקשה אף הוא קושיא זו על הראב"ד, והציע לאור זה ב' ביאורים להבנת מחלוקת הרמב"ם והראב"ד:

א. הראב"ד סבר שכל שאין ריווח, אין בזה צורך ואינו רשאי למכור טבל, ולכשיהיה צורך יהיה רשאי כבר לעשר בעצמו, והרמב"ם סבר שאף לצורך מכירה אינו רשאי לעשר בעצמו, שלא התירו לו אלא בכדי להאכיל, ולכן ימכור טבל כבר עכשיו.

ב. הרמב"ם חידש שלא רק שאינו צריך לעשר, אלא גם יכול למכור לחבר שלא יעשר כרגע וישהה טבל בביתו, ואין לחוש שבני ביתו יאכלו מכוח הסברא שהוא כבר עישר. והראב"ד סבר שאין לנו לאלץ את האפורטופוס למכור בלתי מעושר שלא לצורך, וכשיהיה צורך ימכור על מנת שיעשר הלוקח בפנינו].

**השו"ע נקט כלשון הרמב"ם.**

לשון השו"ע:

**האפוטרופסין, תורמין ומעשרין נכסי יתומים, כדי להאכילם, שאין מאכילים את היתומים דבר האסור. אבל לא יעשרו ולא יתרומו כדי להניח פירות מתוקנים, אלא ימכרו אותם טבל:**

## סע"יף טו

## הוצאת כסף היתומים בעבור מצוות

לשון הברייתא בגיטין נב.

ועושין להן לולב וערבה וסוכה וציצית, וכל דבר שיש לו קצבה - לאיתויי שופר.

ולוקחין להם ספר תורה, תפילין ומזוזות, וכל דבר שיש לו קצבה - לאתויי מגילה.

ואין פוסקין עליהם צדקה, ואין פודין עליהן את השבויין, ולא כל דבר שאין לו קצבה - לאתויי תנחומי אבלים.

**מבואר** שאפוטרופוס רשאי להוציא מעות לצורך קיום מצוות, אך הם אינם מחוייבים לתת כסף לצדקה ולפדיון שבויים ולכל דבר שאין לו קצבה.

**מכול מקום בגמרא בב"ב ח. עולה** כי על מנת להחשיבם ניתן להוציא מכספם לצורך צדקה, וזה לשון הגמרא:

רבה רמא צדקה איתמי דבי בר מריון, א"ל אביי, והתני רב שמואל בר יהודה: אין פוסקין צדקה על היתומים אפילו לפדיון שבוים! א"ל: אנא לאחשובינהו קא עבידנא.

**הסמ"ע (מג) כתב**שכל הדברים הללו מותרים לעשותם במידה ונטל רשות מבי"ד, ומשמע מדבריו שאף נתינת צדקה מותרת שלא בשביל להחשיבים ע"י רשות בי"ד.
**ותמה עליו הט"ז** שמבואר בב"ב שאף רבה שהוא בית דין, לא יכל לקחת מהם כסף אלא בשביל להחשיבם.

## האם בי"ד פוסקים צדקה על מי שנשטתה?

לשון הגמרא בכתובות מח.

**ואמר רב חסדא אמר מר עוקבא:** מי שנשתטה, בית דין יורדין לנכסיו, וזנין ומפרנסין את אשתו ובניו ובנותיו ודבר אחר.

**א"ל רבינא לרב אשי, מ"ש מהא דתניא:** מי שהלך למדינת הים ואשתו תובעת מזונות, בית דין יורדין לנכסיו וזנין ומפרנסין את אשתו, אבל לא בניו ובנותיו ולא דבר אחר? א"ל: ולא שאני לך בין יוצא לדעת ליוצא שלא לדעת?

מאי דבר אחר?

**רב חסדא אמר:** זה תכשיט.

**רב יוסף אמר:** צדקה.

מ"ד תכשיט, כ"ש צדקה; מ"ד צדקה, אבל תכשיט יהבינן לה, דלא ניחא ליה דתינוול.

**מבואר בגמרא** שניתן לרדת לנכסי זה שנשתטה לצורך פרנסת אשתו וילדיו, ואף ל'דבר אחר'.
**ונחלקו האמוראים בפירוש הביטוי 'דבר אחר'**: לדעת רב חסדא זה תכשיט, ולדעת רב יוסף זה צדקה.
**הגמרא מבארת** שלגבי אדם שהלך למדינת הים, אין יורדים מנכסיו לצורך ילדיו, אלא רק לצוך מזונות אשתו, ואף לא יורדים לנכסיו לצורך דבר אחר.
**ולעניין זה ביארה הגמ'** שכולם מודים שתכשיט לאשתו נותנים, ונחלקו האם יורדים לצורך צדקה.
הגמרא לא התייחסה במפורש לשאלה האם לדעת רב חסדא, הסובר ש'דבר אחר' זהו תכשיט, יש לתת צדקה מנכסי מי שנשתטה או שאין לתת.
**הר"ן**(כתובות יז: בדפי הרי"ף ד"ה 'לא ניחא ליה') כתב שמצא בהלכות ישנות שלהלכה יש להכריע כרב חסדא ולכן לגבי מי שנשטתה יש לרדת לנכסיו גם לתכשיט וגם לצדקה, ולעניין מי שהלך אין לרדת לנכסיו לא לזה ולא לזה (כמבואר בגמרא שלדעת רב חסדא אין לרדת לתכשיט וכש"כ שאין לרדת לצדקה).
**מדברי ההלכות ישנות הללו עולה** שמחברם הבין שלדעת רב חסדא בעניין מי שנשתטה פשוט שכשם שיורדים לתכשיט כך יורדים לצדקה.
**הר"ן תמה על כך** שהרי אין שום סיבה להסיק שלדעת רב חסדא כשם שיורדים לתכשיט כך יורדים לצדקה.
**הרמב"ם**(נחלות יא, יא) **פסק** כדברי אותם הלכות קטנות שאם הוא נשתטה יורדים מנכסיו לצדקה.
**וביאר הכסף משנה שסבר הרמב"ם** (ולכאורה אף ההלכות קטנות) שכל מחלוקתם של רב חסדא ורב יוסף נסבה דווקא ביחס למי שהלך למדינת הים, שיתכן שעושה שם צדקה, אך אם הוא נשתטה פשוט לכ"ע שרוצה שיעשו מצווה בממונו.
**השו"ע כאן פסק כדברי הרמב"ם.**

לשון השו"ע:

**האפוטרופסין, עושים לקטנים לולב וסוכה וציצית ושופר וספר תורה ותפילין ומזוזות ומגילה. כללו של דבר, כל מצות עשה שיש לה קצבה, בין שהיא מדברי תורה בין שהיא מדברי סופרים, עושים להם אף על פי שאינם חייבים במצוה מכל אלו המצות, אלא כדי לחנכן.**
**אבל אין פוסקים עליהם צדקה, אפילו לפדיון שבוים, מפני שמצות אלו אין להם קצבה.**
**מיהו אם פסק עליהם צדקה לאחשובינהו כדי שיצא עליהם שם טוב, והם אמודים לכך, שפיר דמי. ומי שנשתטה או נתחרש, בית דין פוסקין עליו צדקה אם היה ראוי.** (ועיין לעיל סימן קס"ג סעיף ד').

## סעיפים טז

### מעקב אחר חשבונות האפוטרופוס

**סוגיא זו התבארה ברובה בסעיף ג, ונזכיר בקצרה ונתייחס לתוספות המיוחדות של סעיף זה.**
**במשנה בגיטין נחלקו אבא שאול ות"ק** בדבר השבעת אפוטרופוס על שלא לקח מנכסי היתומים:

**ת"ק סבר** שמשביעים אפטרופוס שמינה אבי היתומים, ולא משביעים אפוטרופוס שמינהו בי"ד.
**דעת אבא שאול** להיפך
**שורש מחלוקתם היא:** מתי השבועה תגרום למניעת אנשים לרצות להיות אפורפסים, האם כשמינהו או שנתמנו ע"י בית דין.
**להלכה הכריעו הפוסקים** שמשביעים את האפוטרופוס שמינוהו בי"ד, ואין משביעים את האפוטרופס שמינה אבי היתומים.
**ובברייתא שם נחלקו התנאים** אם צריך לחשב האפוטרופוס לחשב עם היתומים לבסוף כמה הוציא.
**והוכרע להלכה כרשב"ג**(לרוב הראשונים) שאין צורך לחשב.
**מלשון השו"ע והרמב"ם נראה שסברו** שאין צורך לחשב בין אם מינוהו בי"ד ובין אם מינהו אבי היתומים.
**אמנם הרמ"א הביא את דברי העיטור** שסבר שכל שאין משביעים צריך לחשב, ולכן יש לחשב אם אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים.
**עוד הניחו כל הפוסקים** שמידה ויש תביעת ברי כנגד האפוטרופוס, הוא מחוייב להשבע- בין אם מינוהו בי"ד ובין אם מינהו אבי היתומים.
**עוד נפסק בסעיף ג ע"פ העיטור**, שכל הנאמר שאין לחשב עם האפוטרופוס שמינהו בי"ד הוא בחישוב לבסוף, אבל בתחילה יש לחשב עמו.

## כשלא משביעים – מחרימים

**פסק הרמ"א ע"פ דברי הרשב"א** בתשובה(חלק ג סימן קצא) :'שאף על פי שאפוטרופא שמינהו אבי היתומים לא ישבע- מחרימין חרם סתם'.

## האם משביעים אפוטרופוס שבועת השומרים בטענת שמא?

**כתב הטור בשם הרמ"ה** שהוא הדין שיש להשביעו בטענת ספק, כאשר איבד חפץ, כדין שבועת השומרים, **וכן פסק השו"ע.**
**הסמ"ע בסעיף כ ציין לדברי הרא"ש** (גיטין ה, ז) **שמבואר בדבריו** שמשביעים רק במידה שידוע שנאבד, וכל השבועה היא שלא פשע, אך אין להשביע על כך שאבד, שאחרת ימנע ולא ירצה להיות אפוטרופוס, וכן כתבו תוס בגיטין (נב: ד"ה 'הלכה כאבא שאול).
**אמנם רע"א ציין שתוס' בב"ק**(לט.-: ד"ה 'דאי אמרת') **כתבו** שאף אם ידוע שאבד, אין להשביעו שבועת השומרים, וזה כנגד פסק השו"ע כאן (ועיין באוצר מפרשי התלמוד גיטין נב: הערה 72 שכתבו בשם בית אהרון שאף התוספות בב"ק כתב כן רק לדעת חכמים [לאחר זמן לא מצאתי זאת])

## אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים ויש לו חלק בריוח

**עוד כתב הטור** שאם יש לאפוטרופוס חלק בריווח יש להשביעו אף אם הוא מונה ע"י אבי היתומים.
**וכתב הב"י** שנראה שאף דברים אלו נאמרו בשם הרמ"ה, והם מסתברים, היות ובמקרה זה אין חשש שימנע מלהיות אפוטרופוס שהרי יש לו ריווח בזה.
לשון השו"ע:

**כשיגדילו היתומים, נותן להם ממון מורישן, ואינו צריך לעשות להם חשבונות מה שהכניס והוציא, אלא אומר להם: זה הנשאר, ונשבע בנקיטת חפץ שלא גזלם כלום.**
**במה דברים אמורים?**
**כשמינוהו בית דין.**
**אבל אפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, וכן שאר המורישן, אין נשבע על טענת ספק.**
הגה: וי"א דהואיל ואינו נשבע, צריך ליתן חשבון, במינהו אבי יתומים (מרדכי פרק הנזקין בשם העיטור), והכי יש לנהוג (מהר"ם פאדוואה סימן ל"ח).
ומחרימין חרם סתם על מי שלקח משל יתומים (ב"י בשם הרשב"א)....
**אבל נשבע על טענת ודאי. וכן אם אבד שום דבר מנכסי היתומים, נשבע שבועת השומרים.**
**ואם יש לאפוטרופוס חלק בריוח, אפילו מינהו אבי היתומים, נשבע אפילו על טענת ספק.**

## הטוען שיש בידו מנכסי המת שצווה לחלק לבנו, אם יכולים להשביעו ומתי?

**פסק הרמ"א ע"פ דברי המרדכי**(גיטין סימן שצא):

ראובן שאומר שיש לו בידו מעות של שמעון, ואומר שציוהו לתת לבניו:
אם רוצה לתת לכל בניו בשוה אינן יכולין להשביעו, דהות ליה כאפוטרופוס שמינהו אבי יתומים.
אבל אם רוצה ליתן לקצתן ולא לכולן, אם כן לפי דבריו אינו אפוטרופוס עליהן, ויכולין להשביעו שלא עכב כלום לעצמו.
ואם הם קטנים, ב"ד מעמידין להם אפוטרופוס ומשביעין אותו (מרדכי פרק הנזקין).

[לא דקדקתי די בדברי הנתיבות הללו והמעיין יעיין]
**הנתיבות (ט) כתב שלא הצליח להבין פסק זה** שהרי במציאות שרק מכוח הודאתו אנו יודעים שאלו מעות אביהם, יש להאמינו גם לתת לאחד האחים אף בלא שבועה, כפי שנפסק בסימן רנה סעיף ח שהרואה שאביו של פלוני הטמין מעות, נאמן לומר שהוא שייך לאדם מסוים כשבידו היה לקחתם לעצמו, ואם מדובר כשהיה ידוע שיש לאביהם מעות בידו ולא ידוע כמה, מכול מקום כיצד יתחייב שבועה מכוח טענת שמא, והרי איננו טוענים ליתומים על מנת להוציא מאחר.
**על כן כתב הנתיבות**שהמקרה הראשון עוסק באופן שהודה בפני עדים שיש בידו סכום מסויים השייך ליתומים ושאביהם מינה אותו לאפוטרופוס לעסוק בצרכיהם ולהוציא לצורך צרכיהם,וכך עשה, וכעת שרוצה לחלוק בשווה, הם אינם יכולים להשביעו, שהרי הוא אפוטרופוס שמינה אבי היתומים.
והמקרה השני הוא במציאות שטען שהאב צווה שיוציא לצרכי חלק מהילדים בלבד, ולכן שאר האחים יכולים להשביעו שלא נותר מהמעות שהרי הנותר שייך אף להם ולגביהם הוא לא אפוטרופוס.
**וכתב הנתיבות** שבמציאות שהוא טען בתחילה שהאב הורה לו שלא לתת אלא לחלק מהאחים, אז השאר אינם יכולים להשביעו כדין המבואר בסימן רנה סעיף ח לגבי מי שראה שאביו הטמין מעות וטען שהם שייכים לאחר.

## סעיף יז

## זהירותו של האפוטרופוס בחשבונות נכסי היתומים

לשון השו"ע:

**אף על פי שאין האפוטרופוס צריך לעשות חשבון כמו שנתבאר, צריך לחשוב בינו לבין עצמו לדקדק ולהזהר הרבה מאביהם של אלו היתומים שהוא רוכב ערבות, שנאמר: סולו לרוכב בערבות וכו' אבי יתומים (תהילים סח, ו)**
(אפוטרופוס שנתמנה ע"פ ערכאות של עובדי כוכבים, צריך ליתן חשבון, כי הכי הוא בדיניהם) (ריב"ש סימן שכ"ד).
**דברי השו"ע** בעניין הצורך לדקדק לקוחים מדברי הרמב"ם (נחלות יא, יב)
**ודברי הרמ"א** בעניין החובה לתת חשבון במידה ונתמנה ע"פ ערכות עכו"ם לקוח מן הריב"ש (סימן שכד)

## סעיף יח

## אם רשאים בי"ד לפטור אפוטרופוס משבועות

**כתב הטור בשם הראב"ד** שמסתבר שאין ב"ד יכולים למנות אפוטרופוס ולהאמין לו בלי שבועה, מפני שאיננו עושים חובה ליתומים לכתחילה.
**אך הביא הטור שאביו הרא"ש היה אומר** שאם יראה לב"ד שיש תועלת היתומים בפטור זה משום שללא הפטור לא ימצאו אפוטרופוס ונראה שאין בזה הפסד ליתומים, רשאים למנותו(וכתב בפרישה: 'לא מצאתי להרא"ש ז"ל שכתב כן ובודאי על פה היה אומר כן ולכן כתב רבינו היה "אומר).
**השו"ע פסק כדברי הראב"ד והרא"ש גם יחד.**
לשון השו"ע:

**אין בית דין יכולים למנות אפוטרופוס להאמינו בלא שבועה, אלא אם כן אינם מוצאים אדם הגון שירצה להיות אפוטרופוס אם לא יאמינוהו בלא שבועה.**

## סעיף יט

**על איזה סכום של תביעה משביעים אפוטרופוס, ואם משביעים אף ללא שהודה?**
לשון המשנה בשבועות מה.

ואלו נשבעין שלא בטענה השותפין והאריסין והאפוטרופין...
ובגמרא שם בדף מח: נאמר:

**אמר רב יוסף בר מניומי אמר רב נחמן:** והוא שיש טענה ביניהו שתי כסף. כמאן?

כשמואל, והתני רבי חייא לסיועיה לרב! אימא: כפירת טענה, כרב.

**במשנה מבואר** שישנם מצבים בהם ניתן להשביע אף ללא טענה ודאית, ואחד המקרים זה שבועת האפוטרופוס.

**רב יוסף בר מניומי בשם רב נחמן** מגביל את היכולת להשביע שבועות אלו רק למציאות ששווי הטענה הינו שתי כסף.

**הגמרא מבארת** שאין הכוונה כפשוטו ששווי הטענה צריך להיות שתי כסף, אלא שלא די בכך וצריך שהכפירה תהיה בשווי שתי כסף, משום שנחלקו רב שמואל בעניין זה בנוגע לשבועת מודה במקצת, ונפסק כרב שלא די שהטענה תהיה בשווי שתי כסף, אלא יש צורך שהכפירה תהיה בשווי שתי כסף.

בפירוש דברי הגמרא נחלקו הפרשנים:

**רש"י** (מח: ד"ה 'שישי') **הבין** מכך שהגמרא קישרה בין שבועת אפוטרופוס למחלוקת רב שמואל בעניין מודה במקצת, שכל שבועת אפוטרופוס קיימת רק במציאות שהאפורופוס מודה במקצת, **וכן סברו הרשב"א**(שו"ת הרשב"א חלק א סימן תתקכ) **והר"ן** (שבועות לב: בדפי הרי"ף ד"ה 'והוא שיש')

**אמנם הר"י מיגאש**(שבועות מח: ד"ה 'אמר ר' יוסי') **כתב** שאין צורך שיודה במקצת, ודי שכפירת הטענה תהיה בשתי כסף[159].

**הב"י בסימן צג כתב שדעת הרמב"ם כדעת הר"י מיגש,** ולמד כן מדבריו בהלכות שלוחין (ט,ב) שכתב שצריך שייחשד בשתי כסף, ולא כתב שצריך שתהיה הודאה וכפירה.

**ושם כתב הב"י** שנראה שאף הרא"ש והרי"ף מודים שאין צורך להודאה במקצת.

**אך הדרישה שם השיג עליו וכתב שהרמב"ם הרי"ף והרא"ש** מודים לרש"י שיש צורך בהודאה במקצת. וביאר הדרישה שהרמב"ם נסמך על מה שכתב 'כמו שיתבאר' שכוונתו לשבועת מודה במקצת.

**הש"ך שם כתב להצדיק את דברי הב"י** שדעת הרמב"ם הרא"ש והרי"ף שאין צורך בהודאה, ושכן מוכח בפירוש המשניות ברמב"ם.

**הטור בסימן שלנו הביא בשם הרמ"ה** שצריך שתהיה טענה שתי כסף, וכתב במפורש שאין צורך שיודה במקצת, **וכדעת הר"י מיגאש.**[ובסימן צג הביא עוד בשם הרמ"ה שפירש שהמשנה דברה בין באפוטרופוס שמינהו אבי היתומים ובין באפוטרופוס שמינוהו בי"ד, ולכן נדרשה הגמרא למקרה של מודה במקצת שבזה יש להשביע את ב' סוגי האפוטרופסים, אך באמת כשמינוהו בי"ד נשבע אף ללא הודאה במקצת כח שהטענה שתי כסף]

**ובבדק הבית כתב על הרמ"ה** שאינו יודע מנין לו שאין צורך בהודאה במקצת (ולכאורה סותר לדבריו בב"י בסימן צג שכתב שכן דעת רוב הראשונים

**ונראה שהשו"ע הלך בעקבות דבריו בבדק הבית וכתב**: 'כשמשביעין אפוטרופוס שבועת המשנה, צריך שיטענוהו בית דין או היתומים, אפילו בטענת שמא, שתי כסף ופרוטה, ויכפור בשתי כסף ויודה בפרוטה. אבל אם לא היתה טענה או כפירה והודאה כשיעור זה -אם טוענין אותו טענת ודאי; נשבע היסת ומגלגל עליו שלא עיכב בידו משלו כלום..

**הסמ"ע בסימן צג ואף אצלינו בס"ק נב הוכיח** מכאן שאף השו"ע מודה שצריך שיודה במקצת.

**אמנם הש"ך (כג) השיג עליו** וכתב שבב"י בסימן צג וכן בכסף משנה (שלוחין ט, ב) משמע שסבר שאין צורך שיודה במקצת, אך נשאר בצ"ע (כאן ובסימן צג) על לשון השו"ע אצלינו[160].

[**הפת"ש בסימן צג ס"ק (ה) הביא בשם הכנסת יחזקאל** (סימן צ)**שכתב** שכל ימיו היה מצטער על כך שהדין פשוט בכל בתי דין לפסוק שבועת שותפים אף בלי הודאה במקצת, והיה קשה לו מדוע לא יכול הנתבע לטעון 'קים לי' כרש"י והרמ"ה (כבר ציינו שמבואר בדעת הרמ"ה לא כן, ולא אמר כן אלא ביחס לאפורופוס שמינוהו אבי היתומים, ובזה לכאורה אין מי שיחלוק) והרשב"א והטור. ובפרט שבתשובות רשד"ם ומהר"א ששון ס' קיד, ומשפטי צדק ס' עג פסקו שבאמת אפשר לטעון 'קים לי' כמותם.

**וכתב לבאר ע"פ דבריהעיטורבאות ש שותף** שגם הוא סובר כרש"י שצריך להודות במקצת, ומ"מ כתב שאם נשאר כלום בשותפות נחשב הודאה במקצת. ועפ"ז כתב שניתן לומר שכולם מודים לזה, ולכן לא כתבו את הצורך להודאה במקצת מכיון שתמיד תהיה כך. שאם לא נשאר כלום בשותפות כבר כתבו את הדין שאם חלקו את כל השותפות ולא נשאר שוה פרוטה אין משביעים].

**לסיכום:**

---

[159] ולכאורה אם מדובר בכופר בכל, לא מובן מה ההבדל בין טענה שתי כסף לכפירת טענה שתי כסף והרי הוא כופר בכל, ובאמת יוצא שלפי הר"י מיגאש הנ"מ היחידה היא במודה במקצת בשתי כסף שלא יתחייב הואיל ולא היה כאן כפירה בשתי כסף, ואם היה כופר בכל היה מתחייב, וכן מבואר בפסקי הרי"ד.

[160] עוד יש להער שהטור בסימן צג הביא דיעה שלישית והיא דעת רבינו ישעיה שממנה עולה לכאורה שיש להשביעו אף על טענה השווה פרוטה, אך עיין במהדיר על פסקי הרי"ד ('הרב הרצוג' מח: הערה 145) שכתב שטעות סופר היא בטור ויש לגרוס במקום 'אפילו בכופר בכל שהוא'- 'אפילו בכופר בכל' וזו כדעת הר"י מגאש.

**לדעת רש"י והרשב"א** אין משביעים אפוטוטרופוס ללא שהודה במקצת.
**לדעת הר"י מיגאש** אין צורך שיודה במקצת, והעיקר שכפירתו תהיה בשתי כסף.
**הב"י והש"ך בסימן צג סברו** שהרא"ש הרי"ף והרמב"ם סברו כר"י מיגאש שאין צורך שיודה במקצת.
**אמנם הסמ"ע סבר שדעת רוב הראשונים כרש"י** שחייב להודות במקצת.
**הטור אצלינו פסק בשם הרמ"ה** שאין צורך שיודה במקצת (באפוטרופוס שמינוהו בי"ד)
**אך מלשון בדק הביתוהשו"ע אצלינו**נראה שסבר שצריך להודות במקצת.
לשון השו"ע:

**כשמשביעין אפוטרופוס שבועת המשנה, צריך שיטענוהו בית דין או היתומים, אפילו בטענת שמא, שתי כסף ופרוטה, ויכפור בשתי כסף ויודה בפרוטה. אבל אם לא היתה טענה או כפירה והודאה כשיעור זה, אם טוענין אותו טענת ודאי; נשבע היסת ומגלגל עליו שלא עיכב בידו משלו כלום.**

## סעיף כ

### אחריות אפוטרופוס בנכסי היתומים

### תקציר והלכה למעשה- מהי אחריות האפוטרופוס בנכסי היתומים.

בסעיף זה נציג בתחילה את עיקרי השיטות(ופרטי הלכה שונים), ואח"כ את מקורם בסוגיא:
**בראשונים נאמרו ד' שיטות עיקריות ביחס לאחריותו של האפוטרופוס על נכסי היתומים:**

- **דעת רבינו חיים**(הובא בתוספות בב"ק לט.-: ד"ה 'דאי אמרת') שלעולם אין לחייב אפוטרופוס על נזק שנגרם לנכסי היתומים ואף במידה שהדבר נעשה בפשיעה.
- **דעת ר"י**(גם כן בתוספות שם)**והרא"ש**(גיטין פרק ה סימן ז) שיש לחייב אפוטרופוס על נזק שנגרם בפשיעה, למעט אפוטרופוס שנתמנה שלא לצורך היתומים אלא לצורך שמירה על בהמתם שלא תזיק, ובזה אין לחייבו אף על פשיעה(וכן סבר הרשב"א אלא שחייב אף על גניבה ואבידה מהטעמים שיתבארו לקמן).
- **דעת הרמב"ן**(גיטין נב: ד"ה 'הלכה') שיש לחלק בזה בין מציאות שמינוהו בית דין שחייבבאחריות כשם שאנו מחייבים אותו שבועה, ולשיטתו חייב אף בגניבה ואבידהוזאת משום שדינו כשומר שכר[כדעת רב יוסף שכל שעוסק במצווה נחשב כשומר שכר, הואיל והוא פטור מלעסוק עכשיו במצוות צדקה],לבין מציאות שמינהו אבי היתומים שפטור אף על פשיעה כשם שאנו פוטרים אותו משבועה.
- **דעת הראב"ד** (הובא ברשב"א גיטין נב: ד"ה 'אבא שאול') שאפוטרופוס חייב על פשיעה כנגד היתומים ופטור על פשיעה שעל ידה נוצר היזק לאחרים, כגון שלא שמר על שור היתומים והזיק וכל כיוצא בזה.

**השו"ע פסק כדעת ר"י ורא"ש** שיש לחייב על פשיעה למעט אפוטרופוס שנתמנה לצורך שמירת השור שלא יזיק.
**הש"ך (כד) תמה על השו"ע וכתב** שלשו"ע היה לחייב אף על גניבה ואבידה, משום שר"י והרא"ש פטרו מגניבה ואבידה משום שהחשיבוהו כשומר חינם, וזאת לשיטתם שאין הלכה כרב יוסף שסבר שכל שעוסק במצווה נחשב כשומר שכר, הואיל והוא פטור מלעסוק עכשיו במצוות צדקה, אך השו"ע (בסימנים: עב סעיף ב. רסז סעיף טז) פסק כרב יוסף שבמציאויות אלו יש להגדירו כשומר שכר, וא"כ היה לו לחייב את האפוטרופוס גם על גניבה ואבידה כדין שומר שכר.
**להלכה כתב הש"ך** שנראה לו שדין זה נותר בספק , ואין להוציא ממון מהאפוטרופוס, אך אם תפסו היתומים אין להוציא מידם.
[**הנתיבות בסימן עב סעיף יט ביאר** שהשו"ע סבר שכל מצווה שהאדם אינו מצווה לעשותה בעצמו, אינה בגדר הפטור של 'פרוטה דרב יוסף' והוא לא מוגדר כשומר שכר.
**וכתב הנתיבות שאף הש"ך מודה עקרונית לזה** אלא שהוא סובר שכשאין אחרים שיכולים לטפל, הרי הוא מוגדר כשומר אבידה, עי"ש].
**עוד הביא הש"ך (כה) שהמהר"י לבית לוי** (סוף סימן ג) **הסיק בשם מהרש"ם** (סימן שיד) שאין להוציא ממון נגד הרמב"ן והר"ר חיים, ועל כן לכל הפחות אין להוציא ממון מאפוטרופוס שמינוהו אבי היתומים.
**עוד הביא הש"ך שהמהר"י לבית הלוי ומהרש"ם הבינו שכדברי הרמב"ן סבר גם רבינו ירוחם**(נתיב כו חלק א), אך הוא האריך להוכיח שדעת רבינו ירוחם כדעת תוס' והרא"ש.
**וכתב הש"ך שלהלכה צ"ע** אם יש לחוש לדעת הרמב"ן.
**הגרע"א ציין שבתשובתמהרש"ך**(ח"א סימן סד)כתב שאם פשע האפוטרופוס על ידי מעשה בידיים שעשה דבר שלא הותר לו לעשות כגון לשלח נכסי יתומים דרך אניה בלב ים, הוא נחשב כמזיק בידיים ובזה חייב לכל השיטות.

**אך הביא רע"א שהפר"ח כתב בספרו בספר מים חיים**(תשובות סימן יג)שאין דבריו מוכרחים שיש להגדירו כמזיק.

## מן המקורות

בסוגיא זו ישנם 3 מקורות מרכזיים:

- **בגמרא בב"מ מב:** מסופר על אפטרופוס שקנה שור לטובת היתומים ולא היו לו שינים ומסרו לרועה ומת, ומסבירה הגמרא שאין לחייב את האפוטרופוס על מות השור מכיוון שהוא מסרו לרועה, ומשמע מגמרא זו שעקרונית יש לחייב אפטרופוס לכל הפחות במידה ופשע בשור היתומים.

- **המשנה בב"ק לט. קובעת** שבמדה ושור של חרש שוטה וקטן נגח שור של פקח - הוא פטור.
**אך בהמשך המשנה נאמר:**'שור של חרש שוטה וקטן שנגח, בית דין מעמידין להן אפוטרופוס ומעידין להן בפני אפוטרופוס'.
**הגמרא מסיקה** לבסוף שבתחילת קבעה המשנה שאין לחייב שור של חש"ו על הזיקם במידה והוא תם, ואין להעמיד אפוטרופוס לשם כך בשביל לירד לגבות מנכסיהם, ואילו סוף דברי המשנה עוסקת בכך שבמידה והשור נגח יש להעמיד אפוטרופוס בכדי שיוכלו להופכו למועד, ובמקרה שיהפך למועד ויגח, יגבה הניזק את חובו מן העליה[161].
**הגמרא מציגה מחלוקת בין ר' יוחנן לר' יוסי ברבי חנינא** האם במקרה שיהפך מועד יהיה ניתן לגבות מהיתומים עצמם ולא מהאפוטרופוס בכדי שלא ימנע מלהיות אפוטרופוס(ר' יוחנן), או שיגבו ממנו והוא יגבה מהם במידה והם יגדלו(ר' יוסי בר' חנינא).
**מגמרא זו עולה כדבר מוסכם** שהאפוטרופוס לא מתחייב בעצמו על היזק השור, ולכל הפחות בעתיד יגבה את התשלום מהיתומים.

- **בירושלמי בגיטין**(ה, ד) **מופיעה מחלוקתם של ר' יוסי בר' חנינא לר' יוחנן** בדבר מחוייבתו של האפוטרופוס בתשלומי היזק שור היתומים אך באופן קצת שונה.
**שם נאמר** שלדעת ר' יוחנן החוב יגבה מן היתומים, ושם מבואר שר' יוחנן יכול להסתדר אף עם שיטת אבא שאול שיש להשביע את האפוטרופוס שמינוהו בי"ד ואין לחוש לכך שימנע מלהיות אפוטרופוס משום ש'בעי הוא בר נש מיתן מהימן ומיקרייה מהימן'. וביאר הפני משה [וכן מבואר ברמב"ן (גיטין נב: ד"ה 'הלכה') ובתוס'(בב"ק לט.-: ד"ה 'דאי אמרת')]שהכוונה היא שאדם מוכן לשלם ולהשבע בכדי להחשבכנאמן, אך במקרה של אפוטרופוס שנתמנה לצורך שמירת השור, אין הוא נחשב כנאמן ולכן הוא ימנע ולא ירצה להיות אפוטרופוס.
**ור' יוסי בר' חנינא** סבר שהאפוטרופוס ישלם, ושם מבואר שר' יוסי בר חנינא יכול להסתדר אף עם שיטת חכמים שסברו שאין להשביע אפוטרופוס שמינוהו בית דין, משום שאדם בורח מן השבועה, אך אינו בורח מן התשלומין.
**מן הירושלמי נראה שדבר מוסכם הוא** שלשיטת אבא שאול האדם לא ימנע עצמו מלהיות אפוטרופוס מכוח זה שישלם, ורק במידה והוא אינו מקבל נאמנות הוא ימנע מכך.

**מצאנו בראשונים מספר ביאורים ליחס בין שלושת מקורות אלו:**

- **תוספות בב"ק**(לט. ד"ה 'דאי אמרת') **כתבו שרבינו חיים** תפס את הסוגיא בב"ק לט. כעיקר ולמד ממנה שאפוטרופוס אינו מחויב בשמירה אף במידה והוא פשע, וזאת בכדי שלא ימנעו אנשים להיות אפוטרופוסים.
- **אמנם התוספות הביא שר' שלמה בחור בשם ר' יוסף כתב** שמהגמרא בב"מ מב: מוכח שיש לחייב אפוטרופוס במידה ופשע.
**ועל כן כתבו תוספות בשם ר"י** שלעולם חייב בפשיעה, ואין הבדל בזה בסוגי האפוטרופוסים, וביאר ר"י שהיוצא מן הכלל זה אפוטרופוס שנתמנה אך ורק בכדי לשמור על השור שלא יזיק, ולא לטובת היתומים שבזה אין לחייבו, שאחרת ימנע ולא יהיה אפוטרופוס כמבואר בירושלמי שהבאנו לעיל, ונראה שר"י אימץ גם את הסברא

---

[161]מסוגיא זו היה מקום להבין כי עקרונית יש חיוב לקטן על נזקי ממון, אלא שאין יכולת כעת לגבות ממנו חוב זה, ולכשיגדל יגבו ממנו ועיין בשו"ת הב"ח הישנות שכך הבין, וכתב כן אף בדעת הרמב"ם הסובר כי כאשר הקטן הזיק בעצמו, אין לגבות ממנו בגדלותו (חובל ד, כ בניגוד להגהות אשר"י ב"ק פרק ח סימן ט שהביא ראיה אף מסוגייתינו), וכתב הב"ח שיש חילוק בין היזק גופו להיזק ממונו משום שהחיוב הוא על ממונו ולא עליו וזה שאין לו דעת לא פוטר אותו.
אמנם הרשב"א בתשובה (חלק ד סימן קמז) כתב שמעיקר הדין אין לחייב קטן לשלם כלל, וכל היכולת לגבות כאן היא רק ע"י העמדת אפוטרופוס שע"י כך נעשה השור כשור של גדול, אמנם עיין בחידושיו לב"ק לא. ד"ה 'אלמא' שנראה שלא הסכים לזה וכן בתוס' שם ד"ה 'אין מעמידין'

שנאמרה בירושלמי בדעת ר' יוסי בר' חנינא שאף חכמים יודו שאין אדם מבריח עצמו מן הממון, ולכן במקרה שלנו אף אבא שאול יודה שכשמינהו אבי היתומים יש לחייבו, אלא שבמידה ואין עדים שפשע או שאינו מודה, אין להשביעו על כך[162].

- **הרמב"ן סבר** שיש לחלק בזה בין סוגי האפוטרופוס וכל שמינוהו בי"ד חייב אף בגניבה ואבידה והואיל ודינו כשומר שכר שנהנה מ'פרוטה דרב יוסף' כמבואר לעיל', וכל שמינהו אבי היתומים פטור אף מפשיעה בדומה למבואר בב"ק לט. בעניין אפוטרופוס שנתמנה לצורך שמירת שור היתומים. הרמב"ן התייחס אף לירושלמי וכתב שבעניין אפוטרופוס שנתמנה ע"י אבי היתומים יש לאמץ את דעת ר' יוחנן שאין לחייבו, ובענין אפוטרופוס שנתמנה ע"י בי"ד יש לאמץ את דעת ר' יוסי בר' חנינא שיש לחייבו.
- **הרשב"א בחידושיו** (גיטין נב: ד"ה 'אבא שאול) כתב כתוס' שיש לחייב כל אפוטרופוס בחיוב פשיעה, והוא אף הגדיל לעשות וכתב כרמב"ן שחייב אף על גניבה ואבידה הואיל ויש לדונו כשומר שכר מכוח 'פרוטה דרב יוסף' וכסברת הרמב"ן.

**אמנם בתשובה פסק הרשב"א** (חלק ב סימן רצט) **כרמב"ן** שיש לחלק בזה בין סוגי היתומים השונים.

- **הרשב"א בחידושיו הביא דיעה נוספת והיא דעת הראב"ד**שסבר האפוטרופוס מחוייב על פשיעה כנגד היתומים, אך הוא אינו לוקח אחריות על נזקים שהשור עושה לאחרים, ובזה מיישב בין הגמרא בב"ק לט. שפוטרת מאחריות היזק של אחרים לבין הגמרא בב"מ מב: שממנה עולה שיש לחייבו על פשיעה שפשע ביחס ליתומים, וביאר הראב"ד שאין כלל קשר בין חיוב שבועה שבזה יש חילוקים בסוגי האפוטרופוסים לבין חיוב בפשיעה שאין לחלק בזה בין האפוטרופוסים השונים, אלא רק ביחס למי נעשתה הפשיעה, וציין שזה כנגד דברי הירושלמי שקישר בין חיוב השבועה לחיוב פשיעה.

**כפי שהבאנו לעיל השו"ע פסק כדעת הרא"ש ו'דעימיה'** שלעולם יש לחייבו על פשיעה בניגוד לשומר נתמנה לצורך שמירת השור שלא יזיק.

**והש"ך כתב שהיה לשו"ע** לפסוק שהתחייב אף על 'גניבה ואבידה' כדין שומר שכר לאור שיטתו במקומות אחרים שהחשיב את ההנאה מ'פרוטה דרב יוסף' כשכר.

**ולמעשה כתב הש"ך** שהשאלה אם יש לחוש לפרוטה דרב יוסף הוא ספיקא דדינא, וגם נשאר בצ"ע אם יש לחוש לדעת הרמב"ן שכשמינוהו אבי היתומים אין לחייבו בפשיעה.

לשון השו"ע:

**אפוטרופוס, בין מינוהו בית דין בין מינהו אבי יתומים, פטור מגניבה ואבידה וחייב בפשיעה.**

## האם אפוטרופוס מחוייב על שפשע כשטען טענות לא טובות בפני ב"ד

**הב"י הביא את דברי מהר"ם בתשובה** (דפוס בודאפסט סימן רמב הבוא במרדכי ב"מ סימן רצ) **שפסק**שאפוטרופוס שטען טענה בב"ד עבור אדם בלי שהורה לו לעשות כן, וע"י טענה זה הפסידו, הוא מוגדר כפושע וחייב לשלם.

**אמנם המהר"ם הגביל זאתוכתב** שאם בטענה שיכל לטעון היה אותו אדם נפטר בשבועה, וכעת בטענתו נוטל התובע שלו בלא שבועה, או שבטענה שיכל לטעון, היו אותו אדם יכול ליטול בשבועה, וכעת הוא לא יכול ליטול כלל, אין לחייב את האפוטרופוס, משום שיתכן ואתו אדם לא היה נשבע כלל, והוא אינו מוגדר כפושע ואף לא כמזיק ב'דינא דגרמי', **וכן פסק הרמ"א**[163]

**הקצות (ד)התקשה בפסק זה מכוח הסוגיא בשבועות לא:-לב:** ממנה עולה שהמעבר מחיוב שבועה לחיוב ממון מוגדר כממון גמור, וא"כ גם במקרה שלנו, היה לנו לחייב את האפוטרופוס במידה יכל לטעון טענה ששבה היה אותו אדם נפטר בשבועה, וכעת נוטל התובע שלו בלא שבועה.

**כך למד הקצות מהמבואר בגמרא זו** שאם כפר עד וטען שאינו יודע עדות במקום שכעת הנתבע חייב שבועה,ובכוחו של עד זה לחייב ממון- הוא חייב קרבן שבועה, כדין עד שיכל לחייב לממון, והטעם הוא שאנו תולים שהנתבע ישבע ויפטר, ולכן נמצא שכשהעד לא העיד הוא הפסידו ממון.

וכתב הקצות שלא מצינו את הסברא הזאת שיתכן שלא ישבע, רק במציאות שע"י השבועה יכל ליטול, אך לא במציאות שעל ידי השבועה יכל להפטר, ובזה אנו מניחים שהאדם ישבע בכדי להפטר, [ורק בדעת ר"ש הסובר שיש לחייב אף על הגורם לממון, מצינו סברא זו אף ביחס לחיוב שבועה בכדי להפטר ולכן חייב גם את הכופר בשבועת עד אחד- קרבן משום שיכל לחייב את הנתבע שבועה, ויתכן שהנתבע לא היה נשבע ומתחייב, אך חכמים חלקו וסברו שאין לחייב שבועת הקרבן כשיכל לחייב שבועת עד אחד, ולשיטתם עולה שכל שהיה חייב רק שבועה וחייבו ממון, זה מוגדר כממון ממש).

---

[162] ומכאן עולה שאין להשביעו אף כשידוע שאבד וזאת בניגוד לעולה מפשטות דברי תוס' והרא"ש בסוגיא בגיטין שאם ידוע שאבד יש להשביעו ועיין במה שכתבנו בזה בסעיף טז

[163] הרמ"א כתב דין זה ביחס לאפוטרופוס יתומים על אף שבתשובת מהר"ם משמע שעסק באפוטרופוס של סתם אדם ולדינא נראה שאין הבדל בזה, אלא שבאדם גדול המציאות היא שטען ללא ציווי הגדול וביתומים אין זה שייך לציוים לכאורה, אלא שטען טענה שלא היה לו לטעון ואכן כך לשון הרמ"א ודוק

**וכתב הקצות לתרץ שכנראה סבר המהר"ם** שיש חילוק בין מציאות שהנתבע היה מחוייב רק שבועה, ויכל לחייבו ממון, שזה מוגדר שהזיק את התובע בממון ממש, משום שמנע ממנו שיהיה בידו ממון וכעת אין לו כלום מלבד שחבירו חייב להשבע לו, לבין מציאות שיכל הנתבע להפטר ע"י שבועה וכעת יתחייב ממון, שבמקרה זה אין לומר שגרם לנתבע חיוב ממון, הואיל ואין ביכולתו של הנתבע להוכיח שאכן היה נפטר, ויתכן שלא היה מוכן להשבע, וביאר הקצות שהמהר"ם סבר שמציאות זו דומה ממש למציאות שיכל התובע ליטול בשבועה וכעת אינו יכול, שאין זה נחשב כחיוב ממון ביחס לתבע, משום שאין ביכולת התובע להוכיח שאכן היה נשבע ונוטל מפני שיתכן שלא היה נשבע, אך הקצות הותיר זאת עדין בצ"ע.

**הנתיבות (יא) תירץ את קושיית הקצות באופן אחר**וכתב שחיוב קרבן עדות הוא כל שכעת הנתבע אינו נחשב כמחוייב ממון אלא כמחוייב בדבר ה'גורם לממון' כגון שמחוייב שבועה בלבד, ויכל העד לחייבו ממון ממש ולא עשה כן הרי הוא מחוייב בשבועת העדות, אבל במקרה של אפוטרופוס החיוב הוא רק מדינא דגרמי שהוא מדרבנן (עיין בסיכומינו לסימן שפו שזו דעת הריצב"א אך אינה מוסכמת) ואין לחייב על דינא דגרמי אלא כשבשעה שמזיקו –'ברי הזיקא'[164]. ולכן כל שלא היה ברור בשעת ההיזק שהזיק, משום שיתכן שבלאו הכי השני לא היה נשבע והיו אותו אדם מרוויח את ממונו ונמצא שבמצב זה לא היה האפוטרופוס מפסידו כלל[165] - אין לחייבו אף אם בפועל נשבע הנתבע ונפטר [כך הבנתי בדברי הנתיבות והמעיין יעיין].

לשון הרמ"א:

(אפוטרופוס שטען בבית דין מה שלא היה לו לטעון ועל ידי זה בא לזה שלכנגד היתומים השבועה, ואילו טען כהוגן היה מגיע ליתומים השבועה לא מקרי פשיעה, דמי יימר דמשתבע. ולא מקרי פשיעה אלא אם נוטל זה בלא שבועה ואילו טען כהוגן היו נוטלים היתומים בלא שבועה) (מרדכי פרק המפקיד ותשובת רשב"א סימן אלף ק"ו).

## סעיף כב

**אפוטרופוס שקנה שור ללא שיניים ומסרו לרועה ומת מרעב**

לשון השו"ע:

**אפוטרופוס של יתומים שקנה להם שור ולא היו לו שינים, ונתנו הרועה עם השוורים, ולא ידע שלא היה אוכל, ומת, אינה פשיעה לאפוטרופוס, ופטור. וממי משתלמים היתומים נתבאר בסימן רל"ב סעיף י"ח.**

## סעיף כב

לשו השו"ע:

**דין אפוטרופוס שלוה לצורך היתומים נתבאר בסימן ק"י:**

## סעיף כג

**האם אפוטרופוס יכול לחזור בו ממינויו ובאיזה שלב?**

לשון התוספתא בב"ב (פרק ח הלכה יב -ליברמן):

אפטרופסין עד שלא החזיקו בנכסי יתומין- יכולין לחזור בהן

משהחזיקו בנכסי יתומין- אין יכול לחזור בהן.

**השו"ע פסק את דברי התוספתא להלכה**שאפוטרופוס יכול לחזור בו כל עוד לא החזיק בנכסים וכשהחזיק אינו יכול לחזור בו, וכתב השו"ע שאין חילוק בזה בין אפוטרופוס שמינוהו בי"ד לאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים, והתבסס בזה על המגיד משנה (נחלות יא, ה) שכתב כן בשם הרמב"ן (גיטין נב: ד"ה משום שבועה) **והרשב"א** (גיטין נב: ד"ה אי רמית).

**הנתיבות (יב) ביאר** שהסיבה שיכול האפוטרופוס לחזור בו ואין להחשיב את קבלתו כאפוטרופוס כנדר היא משום שבטרחת הגוף לא שייך נדר, וסמך דבריו על הש"ך בסימן רמג ס"ק א שכתב כן בשם המהרי"ק (שורש קלג).

- **הב"י ציין לעיין בדברי הריב"ש**(סימן תפט)**וביאר הד"מ (יג) ששם כתב הריב"ש** שאם התעסק האפוטרופוס בנכסי היתומים, הוא לא יכול לחזור בו, אף במידה ולא החזיק בהם **והביאו הרמ"א**.

---

[164](לכאורה סברא זו נכונה אף לחלק מהשיטות הסוברות שחיוב 'דינא דגרמי' הוא מדאורייתא כגון הרא"ש ע"ש בסימן שפו

[165]כך הציור שצייר הנתיבות בניגוד לקצות שכתב במקרה זה אף המהר"ם יודה, ולא כתב המהר"ם אלא במקרה שמנע מאותו אדם להשבע ולהפטר, עיין בזה ודוק

**הקצות (ה)** הקשה מדוע במקרה שהתעסק אינו יכול לחזור בו, ובמה שונה דינו מכל פועל שיכול לחזור בו באמצע היום כמבואר בב"מ (י.).
**וכתב הקצות שיש לומר** שהסיבה שפועל יכול לחזור בו הוא בכדי שלא יהיה כעבד, והפסוק אומר "כי לי בני ישראל עבדים" (ויקרא כה, מב)- ולא עבדים לעבדים, ובאפוטרופוס טעם זה לא שייך משום שהוא עושה מצוה ונחשב כעבד ד' .

- **עוד כתב הב"י בשם התשב"ץ** שכל זה נאמר ביחס לאפוטרופוס שנמצא בעיר, אך כשאינו נמצא בעיר, יש לו להביא את הנכסים בפני בי"ד בכדי שימנו אפוטרופוס אחר, **וכן פסק הרמ"א.**

לשון השו"ע:

**אפוטרופוס, בין מינוהו אבי היתומים בין מינוהו בית דין, עד שלא החזיק בנכסי היתומים** (ולא נתעסק עדיין בצרכיהם) (ריב"ש סימן תפ"ט) **יכול לחזור בו.**
**משהחזיק בנכסי היתומים** (או התחיל להתעסק בצרכיהם) **אינו יכול לחזור בו.**
(ודווקא אם נשאר בעיר, אבל אם הולך מן העיר מביא הנכסים לב"ד והם ממנין אחר) (בית יוסף בשם הרשב"ץ):

## סעיף כז

### יתומים שסמכו אצל בעל הבית

**בסעיף א הבאנו את דברי המשנה בגיטין נב.** שמבארת שיתומין שסמכו אצל בעל הבית[וביאר רש"י 'לעשות על פיו ולא נתמנה להן אפוטרופוס לא מאביהן ולא מב"ד] נחשב בעל הבית כאפוטרופוס.
ובגמרא שם מסופר על יתומים שסמכו אצל 'סבתא', והחשיבה רב נחמן כאפוטרופוס, ומסיפור זה יש ללמוד שאף אם סמכו אצל אשה, היא נעשית אפוטרופוסית, **וכן פסק השו"ע.**

### מאיזה גיל של היתומים, נחשב בעל הבית כאפוטרופוס?

**כתב הרא"ש**(גיטין ה, ו) **בשם הרמ"ה** שכל הדין שיתומים שסמכו אצל בעל הבית-בעל הבית נחשב כאפוטרופוס, זה רק במידה והילדים בני תשע ומעלה, אבל אם הם קטנים מגיל זה, בעל הבית אינו נחשב כאפוטרופוס (וביאר הב"ח שמודה הרמ"ה שאף אם הוא בן שש וחריף זה מועיל, אלא שמבן תשע אין צורך לבדוק שאכן הוא חריף שמסתמא כך הוא עי"ש).
**אמנם הרא"ש השיג עליו** וכתב שלא מסתבר לחלק בזה.
**והביא הב"י שהריב"ש** (סימן תצה)**הצדיק את דברי הרמ"ה** וכתב שהם נכונים בטעמם.
**השו"ע** לא הזכיר את סיוגו של הרמ"ה, ואף הרמ"א לא הביאו.
**הפת"ש (ה)הביא שכתב החכם צבי**(הנוספות סימן ג) שאף הרמ"ה מודה שבאפוטרופוס שהוא ראוי להתמנות, מועיל מה שנסמכו אצלו אף במידה והם קטנים, [עי"ש בתשובה באורך].

### האם משביעים את בעל הבית שנסמכו עליו היתומים?

**הראב"ד כתב**(השגות על הרי"ף גיטין כו: ד"ה 'כתב') שאין להשביע את בעל הבית, משום שאין לשלם לו רעה תחת טובה, **ולדבריו הסכימו הרמב"ן**(גיטין נב. ד"ה 'הא דתנן')**הרשב"א** (גיטין נב. ד"ה 'הנהו יתומים')**הריטב"א** (גיטין נב. ד"ה ואיכא מאן')**והר"ן**(גיטין נב. ד"ה 'יתומין שסמכו').
**הרמב"ן הוסיף**שיש ללמוד כן מאפוטרופוס שמינהו אבי היתומים שאין להשביעו, וכש"כ בעל הבית.
**אמנם הרא"ש**(גיטין ה, ו)**חלק על הראב"ד** וכתב שיש להשביעו מהחשש שאדם שאינו הגון ימשוך אליויתומים ויכלה ממונם. וכתב הרא"ש שאין לחוש שמי שעושה מעצמו לשם שמים בגלל שרואה שאין להם עוזר, ימנע מכך מכוח השבועה, **וכדברי הרא"ש כתב המרדכי** (ב"מ סימן רפט).
**השו"ע הביא את ב' הדיעות בלשון 'יש אומרים ויש אומרים'**
**הפת"ש (ו) הביא שהתפארת שמואל**(על הרא"ש גיטין ה, ו ס"ק ב)**צידד בשיטת הראב"ד ו'דעימיה'** והשיג על הרא"ש שחלק על גדולים אלו ללא ראיה.

### יתום שנסמך אצל אמו- אם צריכה האם להשבע

**כתב הריב"ש** (סימן תצה)שבמידה ונסמך יתום אצל אמו וראו בית דין להחמיר עליה שתתן חשבון וכן שתשבע, הרשות בידם אף על פי שמן הדין היא אינה מחוייבת שבועה, וביאר הריב"ש שאין חשש שעל ידי כך תמנע מלתמוך בו משום שהיא אמו ודעתה קרובה אצל בנה וגם היא חפצה בדבר.
**הרמ"א פסק כדברי הריב"ש.**

לשון השו"ע:

**יתומים קטנים שסמכו אצל בעל הבית הם מעצמם, ונשתדל בשלהם, יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר. ואפילו סמכו אצל אשה.**

**ויש אומרים שאין משביעין אותו וי"א שמשביעים אותו.**
הגה: וקטן שסמוך אצל אמו וראו בית דין להחמיר עליה שתתן חשבון או שאר חיזוקים, מותר, דליכא למיחש דמימנע ולא עבדא, דודאי אמו דעתה קרובה אצל בנה ולא תמנע משום זה (ריב"ש סימן תצ"ה).

## סעיף כה

**אפוטרופוס שפרנס יתומים, אם יכול לגבות כספו חזרה?**

**הב"י הביא שהרשב"א**(חלק ד סימן סח)**והתרומת הדשן** (סימן שמח) **כתבו** שאם אפוטרופוס זן את היתומים מכספו שלו, הוא יוכל לגבות מהם בעתיד, ואיננו אומרים בזה ש'הניח מעותיו על קרן הצבי' וזאת אפילו לשיטת חנן בכתובות קט: שאמר ביחס לאדם שפרנס את אשתו של אדם שהלך למדינת הים שהניח מעותיו על קרן הצבי. בטעם ההדבר ביאר הרשב"א שיש חילוק בין פורע חוב שחייב חבירו, לבין מפרנס סתם אדם שבזה יש לדמות ליורד לשדה חבירו שלא ברשות, שיש לשלם לו..

**הרשב"א ותרומת הדשן הוכיחו כן** מדין יתומים שסמכו אצל בעל הבית.

**התרומת הדשן הוסיף וכתב** שאף אם סתם אדם הוציא מעות לצרכם מבלי שהיו סמוכים אצלו, הוא לא הפסיד את מעותיו, וכתב שיתכן זאת אפילו במציאות שיש להם אפוטרופוס.

**אמנם הב"י בסימן קכחהביא את דברי התרומות**(שער סה חלק ב סימן ב)**בשם תשובת רי"ף**(סימן קטז)שדן במקרה שאדם זן יתום, והיתום טוען שזן אותו בתורת מתנה, והזן טוען שהיה כן בתור חוב.

**והשיב הרי"ף** שהיתום אינו מחוייב לשלם לו, מפני שלא פירש שעשה כן בתור הלוואה, ואנו מניחים שעשה כן בתורת גמילות חסדים, והניח מעותיו על קרן הצבי(והביאו הד"מ כאן בס"ק טו).

**ודייק הב"י מדבריו** שאם היה לאותו אדם שזן, ממעות היתום, הוא יכול לעכב, שבזה איננו אומרים שעשה כן בתור גמילות חסדים.

**עוד הוסיף הב"י** שאם היתום היה קטן נראה שאף שאין בידו חייב לשלם, מפני שלא שיך לומר שהיה צריך לומר לקטן שעשה כן בתור הלוואה.אך כתב ב"י שזה דווקא כשהיה ליתום נכסים, שאם לא היה לו נכסים, היו אחרים מפרנסים אותו, ולכן אינו חייב לשלם לו.

**השו"ע פסק כדברי הרי"ף הנ"ל ביו"ד סימן רנג.**

**אמנם בחו"מ סימן רצ סעיף כה פסק כתשובת הרשב"א**[166] שיתומים שסמכו אצל בעה"ב וזן אותם משלו, לא איבד מעותיו, **ולכאורה זו סתירה גמורה!!**

**השו"ע פסק כדברי הרשב"א**.

**והרמ"א** הוסיף את דברי תרומת הדשן שאף סתם אדם שהלוה, יכול לגבות, והביא לאחר מכן את דברי התרומות שאם פרנסם בתורת גמילות חסדים הם פטורים, [ולא התייחס לכך שהתרומות פסק שם שלעולם אנו מניחים שנתן בתורת מתנה).

**רע"א בתשובה** (קמא, סימן קמז)**כתב ליישב בין התשובות** שכאשר סמוך על שולחנו, יש לו דין אפוטרופוס, ולכן חייבים לשלם לו, ולכן כתב שבמקרה רגיל, אף אם תפס הפורע מוציאים מידו, הואיל ואין כלל חולק על הרי"ף.

**וכתב רע"א שאמנם תרומת הדשן** הבין שאף סתם אדם שפרנס יתומים לא הניח מעותיו על קרן הצבי, אך הוא לא ראה את דברי הרי"ף הנ"ל, ואולי אם הוא היה רואה הוא היה חוזר בו, והשו"ע פסק כרי"ף ביו"ד כמבואר לעיל ,ולכן יש לפסוק בזה כרי"ף ויש לומר שאף תפיסה לא תועיל בזה.

[אף בהגהותיו כאן התייחס רע"א לסתירה זו ותירץ שכאשר הוא סמוך זה שונה, אך כאן משמע שסבר שאף תרומת הדשן מודה לזה, עוד הביא שהמהר"ם אלשיך סימן ע כתב שאכן תשובת הרשב"א סותרת לרי"ף אך כתב שלדעתו אין זה מוכרח ועיין עוד בנו"ב תניינא לד שכתב 'זהו מהלכות עמומות והדברים סותרים זה לזה בכמה מקומות... ולכן נלענ"ד אם אין לנו הוכחה ברורה שהאפוטרופוס כיון בתורת צדקה והאפוטרופוס מוחזק בנכסי יתומים ישבע האפוטרופוס שהיה דעתו על מנת לקבל תשלומין וינכה דמי המזונות ממה שבידו והכל לפי ראות עיני הדיין איך היה דעת האפוטרופוס בעת שנתן המזונות. ותו לא מידי כעת ועיין עוד בזה בפת"ש בסימן רמו ס"ק ג]

לשון השו"ע:

**יתומים שסמכו אצל בעל הבית וזן אותם משלו, לא הניח מעותיו על קרן הצבי**
(ועיין ביורה דעה סימן רנ"ג סעיף ה'.
והוא הדין אחד שאמר שהלוה ליתומים (תרומת הדשן סימן שמ"ח).
אבל אם פרנסן בתורת גמילות חסדים, פטורים) (ספר התרומות שער ס"ה ור"י נ"ט ח"א).

---

[166] ח"ד סימן סח.

# סעיף כו

## האם ממנים אפוטרופוס ליתום שהגדיל ומה הדין כשהאב מינה אפוטרופוס לגדולים?

**הגמ' בב"מ לט. קובעת** ש'אפוטרופא לדיקנני לא מוקמינן'.
**וביאר רש"י:**'אין בית דין טורחין לבקש אפוטרופוס לאנשים גדולים שנתמלא זקנם, לפי שלא ימצאוהו.
**המגיד משנה כתב שעל פי זה כתב הרמב"ם** (נחלות י, ח) ש'אין ממנים אפוטרופוס לקטן שהגדיל, אפילו במידה שהוא אוכל ושותה יותר מדי ומפסיד ממונו והולך בדרך רעה'.

## האם אב יכול למנות אפוטרופוס לילדיו הגדולים

**הבאנו לעיל שכתב הרמב"ם** שב"ד לא ממנים אפוטרופוס לילדיו הגדולים, על אף שהם מכלים ממונם.
**וכתב הרמב"ם** שבמידה וצווה כן האב שלא יתנו לו עד זמן מסוים, יש לעשות כדבריו.
**אמנם הב"י הביא בשם רבינו ירוחם** (נתיב כו חלק א) **בשם 'הפוסקים'** שאף במידה והאב מינה אפוטרופוס לגדולים, הם יכולים לומר שאינם צריכים אותו ומוציאים את הנכסים מידו. ורק במידה והשליש את הממון בידו על דעת לעשות כך וכך אין מוציאים, משום מצוה לקיים דברי המת.
**השו"ע** הביא את דברי הרמב"ם, **והרמ"א** את דברי רבינו ירוחם.
**המבי"ט** (סימן שלה)**כתב** שיש סתירה בין הפסקים של רבינו ירוחם והרמב"ם.
**אמנם הכנסת הגדולה**(הגהות טור סימן רצ אות קסז)כתב שלוש אפשרויות לישוב בין דברי הרמב"ם לרבינו ירוחם:

א. הרמב"ם דיבר במציאות שהאב השליש את המעות אצל האפוטרופוס, אך אם לא השליש באמת אין משמעות לציווי של האב וכדברי רבינו ירוחם.
ב. יתכן שהרמב"ם כתב שיכול האב למנות אפוטרופוס לגדול רק כשהוא אוכל ושותה ומכלה ממונו שבזה דומה לקטן, ורבינו ירוחם דיבר בגדולים שאינם מכלים ממונם.
ג. הרמב"ם דיבר במציאות שמינה את האפוטרופוס כשילדיו היו גדולים, ואילו רבינו ירוחם דיבר במציאות שמינה את האפוטרופוס כשהילדים היו כבר גדולים

[ועיין עוד בעניין זה בפד"ר מאגר מקוון פס"ד קמג].

## צוה המוריש שלא ינתנו נכסיו לבנו עד גיל 25 ושעבד הבן בתוך הזמן את הנכסים

**הרשב"א בתשובה**(מיוחסות לרמב"ן סימן קיח)**כתב** שבמידה והמוריש צווה לאפוטרופוס שלא יתן לו את נכסיו עד שיגיע לגיל 25, ושלא יעשה הבן בנכסים אלו שום דבא, לא מועיל שהבן ישעבד את הנכסים הללו בנתיים, **והביאוהו הב"י והסמ"ע (נח).**
**הנתיבות (יג) תמה על כך**, שהרי אין ביכולת האב להפקיע מבנו ירושה דאורייתא, והאריך להרבות תמיהות בפסק זה עיין בדבריו.

## מנה האב האפוטרופוס לילדיו והייתה אשתו מעוברת אם נעשה אם אפוטרופוס על העובר?

**בהגה על הסמ"ע (נח) ציין לב"י בסימן רנ שהביא מתשובת הרשב"א**(חלק ב סימן קכט) שכתב ששכיב מרע שאמר 'אני ממנה את פלוני אפוטרופוס על בני ולא היה לו אלא בן אחד ילוד והניח אשתו מעוברת וילדה בן אחר מיתתו והבן הראשון נפטר והנער הנולד לאחר מיתת האב שהאפוטרופוס נעשה אפוטרפוס גם על הילד משום שידע שאשתו מעוברת ודעתו קרובה אצל בנו וודאי התכון למנותו גם עליו.

לשון השו"ע:

**קטן שהגדיל, אפילו היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה, אין בית דין מונעים ממנו ממונו ואין מעמידים לו אפוטרופוס,**
**אלא אם כן צוה מורישו שלא יתנו אלא אם יהיה כשר ומצליח, או שלא יתנו לו עד זמן מרובה, ואף על פי כן מוכיחים אותו ומלמדין אותו ללכת בדרך ישרה ואורחות צדיקים.**

הגה: מי שמינה אפוטרופוס לבניו הגדולים, יכולים לומר: אין אנו צריכין אפוטרופוס, אלא אם כן יש בו משום מצוה לקיים דברי המת (רבינו ירוחם נכ"ו ח"א) (ועיין לעיל סימן רנ"ב):

## סעיף כז

### אפוטרופוס לחרש שוטה וקטן

לשון השו"ע:

**השוטה והחרש, דינם כקטנים ומעמידים להם אפוטרופוס.**

כן כתב הרמב"ם (נחלות י, ח)

**וכתב המגיד משנה** שהמקור לכך שניתן למנות אפוטרופוס לשוטה הוא מהמבואר בכתובות (מח.) שבי"ד יורדים לנכסי מי שנשטתה ומפרנסים את אשתו, והוא הדין שיכולים להעמיד אפוטרופוס.

**עוד כתב המגיד משנה** שהמקור לכך שניתן למנות אפוטרופוס לחרש הוא מהגמרא ביבמות (קיג.) שם מבואר שרב מלכיו היה אפוטרופוס של חרש.

## סעיף כח

### נאמנות האפוטרופוס להוציא מהיתומים ודין בנו של אפוטרפוס הבא להוציא מכוח פנקס אביו

**הטור הביא את דברי אביו הרא"ש בתשובה** (כלל קג סימן ג) **שכתב**שאם הביא בנו של האפוטרופוס פינקס של אביו שכתוב בו שהוציא כסף בפרנסת היתומים ובנכסיהם ובמס, אין הוא יכול להוציא כסף זה מהיתומים משום שיש לחוש שמא כבר נפרע החוב ולא נמחק, **וכן פסק השו"ע.**

**עוד הביא הב"י שהרשב"א בתשובה** (מיוחסות סימן ג) **כתב** שהאפוטרופוס עצמו נאמן לומר שהלווה ליתומים בשבועה, **וכן פסק הרמ"א.**

**ונחלקו הפרשנים באיזה מקרה מדובר שהבן אינו נאמן והאב נאמן.**

**המהרשד"ם** (סימן קעב)**סבר** שכל זה כשהבן אינו מוחזק בנכסי היתומים, אך במידה והוא מוחזק, הוא יכול להמשיך להחזיק בנכסיהם מכוח הכתוב בפנקס אביו.

**אמנם הש"ך (ל) כתב** שאף במקרה זה , הוא לא יכול להחזיק, וזאת ע"פ שיטתו בסימן עה ב"ק סד שלא מועילה תפיסה מכוח טענת 'אמר לי אבא' והטוען מכוח הכתוב בפנקס אביו הרי זה כטוען אמר לי אבא.

**עוד כתב הש"ך** שבמקרה שאינו מוחזק בנכסי היתומים, אף האפוטרופוס עצמו לא נאמן לומר כמה הוציא וציין הש"ך לסימן צא סעיף ה.

**הנתיבות (יד) העיר** שאדרבה בסימן צא סעיף ה נפסק ע"פ תשובת הרא"ש (כלל פו סימן א)כתשובת הרשב"א שהובאה כאן שהאפוטרופוס נאמן בשבועה לומר כמה הוציא וליטול, ויוצא שזה גם כשהוא לא מוחזק.

**וכתב הנתיבות** שיתכן שכוונת הש"ך היא שבמקרה שהאפוטרופוס החזיר להם את הנכסים, שוב אינו נאמן לטען שהם חייבים לו, שהרי בכך שהחזיר להם, הרי הוא הודה שאין להם חיוב כלפיו, שאחרת הוא לא היה מחזיר.

**ובעניין נאמנות בן האפוטרופוס- כתב הנתיבות** שיש לחלק בין מציאות שאין עדים על כך שנכסי היתמים עדיין בידו, שבזה יכול בן האפוטרופוס לעכב נכסיהם כשם שאביהם היה נאמן המיגו שהיה מכחיש שנכסיהם בידו, אך במציאות שיש עדים שנכסי היתומים ביד בן האפוטרופוס, הוא לא יכול לעכב בידו, משום שאף אביו לא היה נאמן אלא בשבועה, והיות ואביו לא נשבע, הוא לא יכול להוציא מהיתומים.

לשון השו"ע:

**אפוטרופוס שמת, והוציא בנו פנקס אביו שכתוב בו שהוציא בפרנסת היתומים מנה, אין מוציאין מהיתומים בכך, דשמא נתפרע ולא נמחק.**

(אבל בעודו חי, נאמן על מה שאומר שהלוה להן, ונוטל בשבועה) (מיוחסות לרשב"א סימן ג).

# סימן רצא

## **דין שומר חנם מאימתי מתחייב בשמירה, וכיצד היא השמירה,** ובו כח סעיפים:

## סעיף א

### חיובו של שומר חינם

לשון המשנה בב"מ צג:

ארבע שומרים הן:

שומר חנם והשואל, נושא שכר והשוכר.

שומר חנם נשבע על הכל,

והשואל משלם את הכל,

ונושא שכר והשוכר נשבעים על השבורה ועל השבויה ועל המתה, ומשלמין את האבידה ואת הגניבה.

**במשנה מבואר** שישנם 4 סוגים של שומרים ואחריותם שונה.

בסימן זה נעסוק ב'שומר חינם' אשר מבואר במשנה שאינו מחוייב אף על גניבה ואבידה, ונפטר במקרה שהחפץ נגנב או נאבד ע"י שנשבע שאכן כך קרה, ומכול מקום מבואר במקומות רבים שמחוייב בפשיעה.

### מאימתי מתחייב השומר בתשלומים?

לשון הגמרא בכתובות לד:

**דאמר רבה:** היה גדי גנוב לו וטבחו בשבת - חייב, שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת; גנב וטבח בשבת - פטור, שאם אין גניבה, אין טביחה ואין מכירה...

**אמר רב פפא:** היתה פרה גנובה לו וטבחה בשבת - חייב, שכבר נתחייב בגניבה קודם שיבא לידי איסור שבת.

היתה פרה שאולה לו וטבחה בשבת - פטור.

**אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי:** רב פפא פרה אתא לאשמועינן?

**אמר ליה:** רב פפא שאולה אתא לאשמועינן, סלקא דעתך אמינא, הואיל ואמר רב פפא: משעת משיכה הוא דאתחייב ליה במזונותיה, הכא נמי משעת שאלה אתחייב באונסיה, קא משמע לן. **אמר רבא:** הניח להן אביהן פרה שאולה - משתמשין בה כל ימי שאלתה, מתה - אין חייבין באונסה.

כסבורין של אביהם היא, וטבחוה ואכלוה - משלמין דמי בשר בזול.

הניח להן אביהן אחריות נכסים - חייבין לשלם.

**איכא דמתני לה ארישא, ואיכא דמתני לה אסיפא:**

**מאן דמתני לה ארישא,** כל שכן אסיפא, ופליגא דרב פפא.

**ומאן דמתני לה אסיפא,** אבל ארישא לא, והיינו דרב פפא.

**הגמרא בכתובות עוסקת באדם** אשר נפטר מחיוב ממוני הואיל והוא מתחייב באותה שעה בחיוב מיתה, והכלל הוא שהחיוב החמור פוטר אותו מן החיוב הקל, ובלשון הגמרא- 'קם ליה בדרבה מיניה'.

**בתחילה מביאה הגמרא את דברי רבה** שקובע שלאור כלל זה יש לפטור את מי שגנב וטבח בשבת, משום שמעשה הגניבה היה בשבת וכבר התחייב מיתה על חילול שבת ולכן נפטר מחיוב הממון, וגם אין לחייבו על הטביחה משום שלא שייך לחייב על טביחה כשאין חיוב על גניבה. אך במידה והגניבה נעשתה קודם השבת וטבח בשבת, יש לחייבו אף על הטביחה (וזאת כשיטת ר"מ שבקנס איננו מחילים את הכלל- 'קם ליה בדרבה מינה', אלא שנחלקו הראשונים אם רבה פסק כמותו, או רק אמר כן לשיטתו ואכמ"ל)

**הגמרא ממשיכה ומביאה את דברי רב פפא** שאמר דין דומה לגבי אדם שגנב פרה ושחטה.

**וביארה הגמרא שחידושו של רב פפא הוא** בכך שאף אם שאל פרה קודם השבת וטבחה בשבת, יש לפוטרו, ואין לומר שכבר התחייב באונסים משעת המשיכה, ואין לדמות זה לדברי רב פפא (ב"מ צא.) שקבע שאדם החוסם פרה מתחייב לשלם לבעליה על האוכל שחסם אותה, על אף שגם מתחייב מלקות על החסימה, וזאת משום שהחיוב להאכיל את הבהמה חל בשעת המשיכה, ואילו

חיוב המלקות נעשה רק בשעה שחסם אותה, ועל כן חידש רב פפא שדווקא חיוב תשלומי האכילה נעשים משעת משיכה ולא החיוב בתשלומים על הבהמה.
**מדברי רב פפא הללו עולה** כי השומר אינו מתחייב על פשיעתו מרגע משיכת הפרה, אלא רק בשעה שנעשתה הפשיעה.
**אמנם מהגמרא בהמשך עולה כי אין הדבר מוסכם:**
**הגמרא מביאה את דברי רבא** שקבע שיתומים שהניח להם אביהם פרה שאולה, הם רשאים להשתמש בה בזמן השאלה, ואינם מחוייבים באונסיה, ואם טעו וחשבו שפרה זו שייכת לאביהם וטבחוה ואכלוה, הם מחוייבים לשלם דמי בשר זול.
**רבא מסייג דבריו** רק למציאות שהאב לא הותיר אחריו נכסים משועבדים.
**הגמרא מביאה 2 אפשרויות על מה מוסב סייג זה:**

- **אפשרות ראשונה** שלשון זה מוסבת על 2 המקרים (יארישא וכש"כ אסיפא') ובעצם כל שהותיר האב שעבוד נכסים- מתחייבים היתומים באחריות אונסים על פרה זו, וכן במידה וטבחוה- משלמים תשלום מלא ולא רק דמי בשר בזול.
**הגמרא מבארת** שאפשרות זו חולקת על רב פפא, ולפי אפשרות זו השומר מתחייב משעה ראשונה, ולכן האב התחייב באונסי הפרה כבר בחייו.
- **אפשרות השניה שלשון זו נאמרה רק לגבי סוף הברייתא,** והכוונה היא שבמידה והאב הותיר משעבוד נכסיו, והיתומים טעו וחשבו שפרה זו שלו וטבחו ואכלו, הם מחוייבים לשלם תשלום מלא.

**הגמרא מבארת** שאפשרות זו תואמת לדברי רב פפא ולעולם אין לחייב את היורשים על חיוב האונסים, משום שחיוב זה נוצר רק בשעת האונס, והאב לא התחייב על כך.
[לגבי הסיבה שחייבים לשלם תשלום מלא על הטביחה ביאר רש"י(ד"ה יואיכא דמתני')שזאת משום שפשעו בכך שלא בירורו שפרה זו אינה של אביהם.
התוס' (כתובות לד: ד"ה יאבל ארישא') והרמב"ן(כתובות לד: ד"ה יואיכא דמתני')תמהו על ביאורו של רש"י משום שלפיכך לא היה לחלק בין מציאות שהותיר האב ישעבוד נכסים' למציאות שלא הותיר. על כן ביארו תוס' והרמב"ן שהאב הוא זה שפשע בחיים בכך שלא הודיעם, ולכן במידה והותיר נכסים ניתן לגבות מנכסים אלו על פשיעתו[167]].

**הרמב"ן**( ב"מ צז:) **הרא"ש** (ב"ק י, א) **והרשב"א** (כתובות לד: ד"ה יוהרמב"ם ז"ל') **הכריעו כ'לישנא בתרא'**, שדברי רבה אינם סותרים לדברי רב פפא, ובאמת אין לחייב את היתומים אף כשהיה שעבוד נכסים, אלא במציאות שטבחו בעצמם, ויוצא לשיטתם שחיוב השמירה חל משעת האונס.
**אמנם הרמב"ם** (שאלה א, ה וכן ציטט לשונו הסמ"ג עשין צב) **פסק לכאורה כ'לישנא קמא'** משום שכתב שאם הניח האב ליתומים, הוא חייב בין במידה ומתה הפרה ובין במידה וטבחוה ואכלוה, ומשמע שהאב יתחייב משעת המשיכה, ולכן כל שניתן לגבות מנכסיו גובים.
**אמנם המגיד משנה הקשה שבהלכות גניבה** (ג, ד) **פסק הרמב"ם** ששואל שטבח את הפרה ששאל בשבת פטור, ומשמע שסבר כרב פפא שהחיוב הוא משעת פשיעה ולא משעת משיכה.
**וכתב המגיד משנה:** יובודאי שיש לרבינו שיטה אחרת בלשונות אלו וצריך עיון'.
**האחרונים האריכו בביאורים לשיטת הרמב"ם** (ויתכן שנאריך בזה בסימן שמא סעיף ד) **ונציג חלק מדברי האחרונים בקצרה:**

א. **הכסף משנה והמשנה למלך ביארו** שהרמב"ם לא גרס בגמרא שיש תלות בין לשונות הברייתא לדעת רב פפא, ולשיטתם אף אם נאמר שהחיוב נוצר רק בשעת הפשיעה, מכול מקום האב התחייב כבר בשעת השמירה שיהיה עליו חיוב לכשיאנס, ולכן אם היה לו שעבוד נכסים יש לגבות ממנו.
ב. **הש"ך** (סימן שמא ס"ק ו) **כתב** שהרמב"ם אכן פסק שהחיוב הוא משעת משיכה ולא משעת פשיעה ושלא כרב פפא ומה שכתב בהלכות גניבה שיש לפטור את הגונב וטובח בשבת, כוונתו רק לעניין הכפל, שבזה החיוב נוצר בשעת הפשיעה, אך באמת על הקרן יתחייב

---

[167] לכאורה מדברי הרמב"ן והתוספות הללו היה מקום להוכיח שהחיוב בשומר אינה בשעת ההיזק [שעת שבירה] אלא בשעה שפשע, על אף שההיזק עדיין לא נוצר.וכן כתבו הרמב"ן והריטב"א שהחיוב הוא על הפשיעה ולא על האונס.
ובקצות בסימן שמ ס"ק ד התייחס לזה והביא מדברי השטמ"ק (כתובות לד:) שכתב: ילכך פירשו כפירושו של הרמב"ן ז"ל דאינהו ודאי לאו פושעים כלל נינהו אבל אביהם חשבינן ליה פושע דהוה ליה למימר להו בשעת מיתה ושמעינן מינה דכי קאמר רב פפא דאין חייבים עד שעת האונס לאו שעת האונס ממש קאמר דאם כן היכי מחייב הכא והא בשעת האונס ליתיה לאב אלא משעת פשיעת האונס'.
וביאר הקצות שאכן כוונת הרמב"ן לומר שמשעת פשיעת האב כבר נתחייב ואף קודם ההיזק, אך אין הכוונה שזהו הגורם המחייבו ממש, שהרי פשיעת האב אינה מחייבת את היתומים, והם התחייבו מכוח האונס וכדין שואל, אלא שכל כוונת הרמב"ן היא שמשעת פשיעה קטנה זו של האב נוצר חיוב השעבוד שיחול בשעה שהם יתחייבו (ע"י אונס או פשיעה תלוי בסוג השמירה).
לפי דברי הקצות יוצא שלמעשה הגבייה תעשה ע"פ שעת האונס ממש ולא ע"פ שעת פשיעת האונס ולא כפי שמשמע מפשטות לשונו של הרמב"ן [כך עולה מדברי הקצות שדימה זו למה שכתב הריטב"א שאף אם החיוב הוא משעת משיכה אין זה אלא השעבוד אבל החיוב עצמו נוצר בשעת האונס, וביאר הקצות אצלנו (א) שלפי זה הגביה תקבע ע"פ שעת האונס ממש ולא ע"פ שעת המשיכה, ודוק].
ועיין שם בסימן שמ כשמסתפק השומר אם היה אונס, אם נחשב כ'איני יודע אם נתחייבתי' או כ'איני יודע אם פרעתי', וביאר שהדבר תלוי אם התחילה קצת פשיעה (כגון שמסר לשומר שאינו רגיל אצלו) שבזה כבר התחיל חיובו ודינו כאומר 'איני יודע אם פרעתי', לבין מציאות שלא ידוע לו כלל שפשע (כגון שמסר לשומר שרגיל אצלו) שבזה דינו כאומר 'איני יודע אם נתחייבתי', ונתייחס לזה בע"ה לקמן.

לשלם, משום שכבר התחייב בזה משעת משיכה, [וביאר הש"ך שהסיבה שהביאה את הרמב"ם להכריע כלישנא קמא היא משום שבגמרא בב"ק ע: מוכח שאין פשיעה בכך שהאב לא הודיע לבניו משום שמלאך המוות אנסו, ולכן לא שייך לומר כ'לישנא בתרא' שפשע בכך שלא הודיע].

ג. **הקצות בסימן שמא** (ס"ק ג) **ביאר בעקבות השטמ"ק** (כתובות לד: ד"ה 'ועוד הביא') שרב פפא רצה לחדש שאף אם אדם טבח בתורת שאלה, הוא יפטר משום שהחיוב בפשיעה נוצר בשעת הפשיעה, ובזה אין הלכה כמותו והחיוב חל משעת המשיכה, אך במציאות שטבח בתורת גניבה בשבת, פשוט שהוא יפטר משום שחיוב הגניבה נעשתה בשבת (ולקמן נביא שביאר הקצות שעל אף שהחיוב חל לדעת הרמב"ם משעת המשיכה אין זה חיוב גמור אלא רק לעניין שעבוד הנכסים].

ד. **השלטי גיבורים** (ב"מ נו: בדפי הרי"ף)**סבר** שאין כלל סתירה ברמב"ם ואף הרמב"ם מודה לשאר ראשונים שהלכה כ'לישנא בתרא' ושהחיוב הוא משעת פשיעה, וביאר שמה שכתב הרמב"ם שבמידה והותיר האב נכסים חייבים היתומים אם מתה הבהמה, כוונתו למקרה שמתה בפשיעה , ובזה פשע האב שלא הזהירם על כך כמו במקרה שטבחוה.

**לסיכום:**

**בגמרא בכתובות לד: נראה כי יש מחלוקת לשונות** האם חיוב בתשלומי השמירה חלים משעת השמירה ומשיכת הפרה, או משעת הפשיעה עצמה (ועיין הערה167 אם הכוונה לשעת האונס או שעת ההיזק).

**הרמב"ן הרא"ש והרשב"א הכריעו כלשון השניה** הסוברת שהחיוב חל משעת הפשיעה.

**ואילו מדברי הרמב"ם נראה בפשטות שסבר** שהחיוב חל משעת השמירה.

**אלא שנחלקו הפרשנים בדברי הרמב"ם** :

**השלטי גיבורים סבר** שהרמב"ם מודה לשאר הראשונים.

**הכסף משנה סבר** שהחיוב מתחיל בשעת השמירה אלא שהוא חל בפועל בשעת הפשיעה (כסף משנה).

**הש"ך סבר**שלדעת הרמב"ם אכן החיוב מתחיל כבר משעת המשיכה.

אף הקצות סבר לדעת הרמב"ם החיוב מתחיל משעת המשיכה (ולקמן יבואר שאין זה חיוב גמור אלא רק לענין שעבוד נכסים) , אלא שכתב שבמציאות שטבח לשם גניבה, חל חיוב חדש משעת הגניבה.

## האם שומר שפשע משלם כשווי החפץ בשעת שמירה או כשוויו בשעת הפשיעה?

**בפסקא הקודמת דנו בשאלה** מאיזה זמן מתחייב השומר בתשלומי מה ששמר במידה והייתה פשיעה או אנוס (תלוי בסוג השמירה).

**בפסקא זו נדון** בשאלה העלולה להיות קשורה לדיון זה, והוא מהו הזמן לפיו נקבע את שווי החפץ לגבי חובת השבתו:

**הקצות (א) הביא שהמ"מ** (שאלה ופקדון ח, ג) **והש"ך** (רצה, ז) הניחו כדבר פשוט, שהשומר מחוייב לשלם לפי השווי שהחפץ היה שווה בשעת הפשיעה.

**אך הקצות כתב שהיה מקום לערער על הנחה זו**, שהרי בעניין גזילה מבואר בב"מ מג. שבמידה והחפץ היה שווה זוז בשעת גזילה וד' זוז בשעת פשיעה, משלם הגזלן רק זוז כשעת הגזילה.

**ואמנם הרמב"ן** (ב"מ מג. ד"ה 'הא דאמרינן') **ביאר** שבזה שונה גזלן משומר, ושומר מתחייב כשעת פשיעה, הואיל וכל חיובו הנו בשעת פשיעה בניגוד לגזלן שמתחייב באונסיה משעה ראשונה.

**אך טעם זה שייך לכאורה דווקא לשיטת הרמב"ן 'ודעמיה'** הסוברים ששומר מתחייב משעת פשיעה, וכבר הבאנו בפסקא הקודמת שמדברי הרמב"ם עולה שסבר שהחיוב הוא משעת המשיכה, ולכאורה אם כן היה לו לדמותו לדין גזלן, ולחייב על החפץ לפי שוויותו בשעת המשיכה.

**ותירץ הקצות ע"פ דברי הריטב"א** (ב"מ צז: ד"ה 'גמ') **שכתב** שגם הדיעה הסוברת שחיוב השמירה חל משעת המשיכה, אין הכוונה שהחיוב חל ממש משעה זו, אלא פשוט שהחיוב חל בשעת האונס, אלא שהשעבוד חל בשעה זו במידה ופשע(הריטב"א כתב כן בכדי לומר שאף לשיטה הסוברת שהחיוב הוא משעת משיכה, אם אינו יודע אם פשע, אין זה נחשב כאיני יודע אם פרעתי אלא כאיני יודע אם נתחייבתי), ולפי זה יוצא שאף הרמב"ם יודה שהחיוב בפועל הוא דווקא לפי השעה ולכן ישלם לפי שווי החפץ בשעה שפשע.

[**עוד כתב הקצות** שאין לומר שהחילוק בין גזילה לשמירה, הוא כפי שעולה מדברי הריטב"א (ב"מ מג. ד"ה 'איתבר') שבגזילה כבר יצא החפץ מרשות בעליו ואינו יכול להקדישה, ולכן כבר התחייב הגזלן משעת הגזילה ומשלם כשווי של החפץ בשעה שהוציאה מבעליה, מה שאין כן בשומר שלא יצא החפץ מרשות בעליו בשעת השמירה ויכול להקדיש, ולכן מתחייב רק משעת הפשיעה שרק אז הוציאה מבעליה, וביאר הקצות שאין לומר כן משום שלדעת ריש לקיש(ב"ק סח, ב)נגזל יכול להקדיש חפץ על אף שאינו ברשותו, וא"כ היה צריך להיות שלשיטתו ישלם גזלן כשעת פשיעה, ולא מצאנו מי שסובר כן].

**ועיין נתיבות (א) שכתב** שדברי הקצות אינם מתרצים מדוע יהיה שומר פחות מגזלן שאינו מתחייב על היוקר של שעת הפשיעה, ואילו שומר מתחייב [ונראה שכוונתו להקשות שהקצות לא תירץ מדוע הגזלן לא יתחייב גם כשעת פשיעה במידה ובשעה זו היה החפץ שווה יותר, שלכאורה יש לחייב אף את הגזלן על האונס], וכל ביאורו של הקצות יכול רק לבאר מדוע במידה וירד מחיר החפץ, הגזלן ישלם כשווי המקורי שיקר יותר ושומר ישלם כשווי של עכשיו הפחות.

**ועל כן ביאר הנתיבות** על פי דברי תוס' בב"ק נו: (ד"ה 'פשיטא') שגזלן אינו מחויב בשמירה כלל ולא ניתן לחייבו אלא על שעת הגניבה, מה שאין כן בשומר שהתחייב לשלם במידה ויפשע לכן במידה ופשע ישלם כשעת הפשיעה.

לשון השו"ע:

## שומר חנם פטור בשבועה מגניבה ואבידה, ואינו חייב לשלם כי אם בפשיעה:

## סעיפים ב-ג

### איזו אמירה מהווה קבלת שמירה?

### האומר שמור לי והשיב לו חבירו: 'הנח לפני', או 'הנח לפניך'

**המשנה בבא מציעא בדף פ: מבארת** מתי מוגדר השומר כשומר חינם ומתי כשומר שכר, ושם קובעת המשנה שכשאמר אדם לחבירו: 'שמור לי ואשמור לך – הרי הוא שומר שכר. אך אם אמר: 'שמור לי' והשיב לו חבירו 'הנח לפני'- דינו כשומר חינם.
**מדברי המשנה עולה** כי על אף שהמקבל לא אמר במפורש שהוא מקבל על עצמו חובות שמירה, די באמירת 'הנח לפני' בכדי להגדירו כשומר[168].
**הגמרא בדף פא: עוסקת** בעניין זה ומביאה את דברי רב הונא שאמר שדווקא אמירת 'הנח לפני' נחשבת כקבלת שמירה אבל אם אמר: 'הנח לפניך' הוא לא קיבל על עצמו כלל שמירה.
**הנתיבות (ב) כתב** שהקביעה שבאמירת 'הנח לפני'-קיבל עליו אחריות שמירה, תלויה באחת משתיים:

א. בדבר הזוקק שמירה בפועל של השומר- די באמירת 'הנח לפני' בכדי להניח שהוא התחייב לשמור.
ב. בדבר שאינו זוקק שמירה אלא נשמר מאליו- קבלת השמירה מותנית בכך שהמפקיד אמר לו 'שמור לי', מפני שללא אמירה זו יש להניח שלא התכוון לשמור אלא שהדבר ישמר מאליו.

**הנתיבות למד כן מתוס'** (ב"ק דף צג. ד"ה 'ורמינהי') **והרמב"ן** (מלחמות ד' ב"ק לג.) **שהביאו את דברי המכילתא דר' ישמעאל** (משפטים – מסכתא דנזיקין פרשה טז) שם כתוב: 'ר' ישמעאל אומר עד שיפקיד אצלו ויאמר לו, הילך שמור לי זה, אבל אם אמר לו, עיניך בו, הרי זה פטור'.
**והתקשה הנתיבות** שנראה שלדעת חכמים (שנביא לקמן) יוצא שדי בהסכמה שיניח אצלו בכדי שיקבל שמירה, ומשמע אף בלא אמירת 'שמור לי', (והוסיף והקשה לאור דברי האור זרוע שיובא לקמן שסבר שבבית לעולם אנו מניחים שקיבל שמירה אף כשאמר 'הנח', והרי סתם שמירה בבית, וא"כ לגבי מה אמרה המכילתא שלא קיבל שמירה עד שיאמר המפקיד- 'שמור לי')
**ולאור זאת, הסיק הנתיבות** שיש לחלק ביו מציאות שהמקום אינו זוקק שמירה כלל שבזה אמרה המכילתא שכל עוד לא אמר לו המפקיד- 'שמור לי' לא קיבל שמירה, לבין מציאות שהדבר זוקק שמירה, שאנו מניחים שבאמירת 'הנח לפני' התכוון לשמור, ודייק כן אף מלשון הרמב"ן שכתב שצריך שיאמר 'שמור לי', 'או בענין שסתם משמע לשון שמירה', וביאר הנתיבות שזה במציאות שהדבר זוקק שמירה.
**הנתיבות דייק שהשו"ע** עסק במציאות שהדבר אינו זוקק שמירה ולכן כתב שצריך המפקיד לומר 'שמור לי'.

### האומר שמור לי והשיב 'הנח' בסתם (שלא בחצירו)

**הגמרא מביאה הסתפקות** במציאות שאמר רק את המילה 'הנח' ולא פירש.
**הגמרא ניסתה לומר** שהדין במקרה זה נתון במחלוקת תנאים בין ר' יהודה לחכמים שנחלקו במקרה שהוכנס לחצירו של אדם חפץ ברשות, אם הוא מוגדר כשומר.
**דעת חכמים** שבמקרה זה יש להגדירו כשומר.
**ולדעת ר' יהודה** אין הוא נעשה שומר עד שיקבל עליו במפורש לשמור.
**הגמרא דוחה ואומרת** שאין בהכרח תלות בין מחלוקת ר' יהודה וחכמים, לבין השאלה במקרה שאדם מניח חפץ בפני חבירו וחבירו אומר לו: 'הנח', משום שיתכן שבמקרה זה אף חכמים יודו שהוא לא נעשה כשומר עד שיאמר במפורש (או שיאמר הנח לפני), משום שרק במקום שהדבר נמצא במקום שמור כגון חצר יש לומר שאף ללא אמירה הוא קיבל עליו אחריות שמירה, אבל כאשר חבירו מניח לו סתם כך בשוק ואמר לו הנח, יש לפרש שהכוונה תניח ותשמור בעצמך. כמו כן יתכן שאף ר' יהודה הסובר שההסכמה להנחה בתוך חצירו אינה מהווה הסמכה להיות שומר, יתכן שיודה שכאשר אדם אומר לחבירו 'הנח' בשוק, ודאי כוונתו שהוא יהיה שומר, שהרי ללא זה אין משמעות לאמירתו, שהרי חבירו יכול להניח שם גם ללא רשותו, ולכן יש להוכיח שבכוונתו לקבל על עצמו חובת שמירה.
**א"כ השאלה בדבר קבלת שמירה כאשר אומר אדם לחבירו 'הנח' נותרה בספק.**

---

[168] מדברי הגמ' בהמשך מבאר שקיבל שמירה גם כשהניח בשוק ונתקשו הראשונים כיצד זה מועיל לשיטת הרמב"ם ודעימיה בסעיף ה שצריך מעשה קנין ונאמרו בזה מס' ישובים או שנקנה בסימטא בד ' אמות, או ע"י הכשת מקל (רשב"א ב"מ פ:) ובמאירי כתב שזאת משום שהמפקיד מושך בשליחותו, ובערוך השולחן (טו) כתב שלעניין שומר חינם אין צורך במשיכה משום שחיובו לא גרע מפועל שדי בדיבור בכדי להתחייב, ע"ש.

**לאור כך הכריעו הפוסקים** (**רי"ף** -ב"מ נ:, **רא"ש** -ב"מ פרק ו סוף סימן יז, **רמב"ם**-שכירות ב, ח) שמספק אין לחייב את מקבל החפץ כשאמר 'הנח' בלבד עד שיאמר 'הנח לפני'[169].

**וכתב הנתיבות (ה)** שגם במידה ואמר המפקיד 'שמור לי' ושתק הנפקד, הרי זה כאומר 'הנח' בסתם שלא קיבל עליו שמירה, ואין לומר ששתיקתו מהווה הודאה לדברי המפקיד שהוא שומר.

**וכתב הנתיבות שכך יש ללמוד מדברי מהרי"ק** (שורש קנה,א) שלא אומרים שתיקה כהודאה אלא כשיש צד זכות בדבר, והוסיף הנתיבות או כשהודה בפני בי"ד.

**ומכול מקום כתב הנתיבות** שאם הנפקד משך את החפץ בשתיקה, הרי המעשה בצירוף השתיקה מהווים הודאה וקיבל עליו שמירה.

[רוב דברי הנתיבות כתובים כבר במחנה אפרים בהלכות שומרים סימן ב, ושם הביא שה'בני אהרן' סבר ששתיקה מהווה הודאה, וכתב המחנה אפרים שיש להוכיח מגמרתינו כנגד זה, וזאת מכך שהגמרא השוותה בין מקרה שנתן הסכמה ברשות בסתם, לבין מקרה שאמר המפקיד 'שמור לי' והשיב לו 'הנח', ואם היינו סוברים ששתיקה מהווה הודאה לא היה ניתן להשוות בין המקרים. ועיין בשו"ת 'דברי שלום' חו"מ ג, נג שהאריך לדחות את ראיות המחנה אפרים אך הסכים עמו לדינא]

**הפת"ש (א) הביא שהצמח צדק** (סימן כג) **פסק** שכשם שפטור במקרה שאמר 'הנח' כך פטורה אשה שלקחה את תנוק אחותה עם דינר ביד, ואבד הדינר.

**השער משפט** (סימן צו ס"ק ה) **האריך לדון** שלהבנת בדק הבית בשיטת הטור בסימן שמט סעיף ב (וברמ"א סימן צו, ו) משמע שאף כשהאדם אינו שומר יש לחייבו שבועה שלא שלח יד, משום שנפסק שם שאשה שהשאילה חפץ ומודה בעלה שהגיעו הנכסים לרשותו הוא מחוייב שבועה, וביאר שער משפט שמכול מקום במקרה שאמר 'הנח' אינו חייב אף שבועה משום שגילה דעתו שלא לוקח אחריות כלל (וכסברת הסמ"ע בסימן שמט, ד אלא ששם חידש הסמ"ע שבמקרה שלא אמר 'הנח' נעשה ממש שומר כל שלא גילה דעתו, וזהו חידוש עצום!! והשער משפט דחה דבריו וכתב שדבריו מרפסין איגרי)

**וכתב הפת"ש** שנראה שהצמח צדק סבר שאין זה הטעם אלא שהבעל מן הסתם מקבל שמירה בנכסי אשתו, ולכן לא דימה בין המקרים, אך מכול מקום תמה השער משפט על שלא הזכיר מדברי הטור הנ"ל, וגם כתב שהוא חוכך שמא אף במקרה של הצמח צדק יש לומר שקיבלה על עצמה שמירה, ונשאר בצ"ע לדינא.

**הפת"ש כתב שאין להקשות על הצמח צדק** שודאי נקט כרבו הב"ח שהסיבה שחייב הבעל הוא משום שדינו כלוקח, ואין זה שייך לנדון דידן.

## האם קיבל שמירה כשהרשה שיניח בתוך חצרו?

**הבאנו לעיל** שנפסק להלכה שאין לחייב שמירה כשאומר האדם 'הנח', משום שהדבר נותר בספק בגמרא.

**אך מבואר בגמרא** שכל הספק הוא כאשר מניח לפני חבירו בשוק, אבל במידה והוא מניח בחצרו הדבר נתון במחלוקת תנאים.

**ובגמ' בבב"ק דף מח: נחלקו האמוראים לפי איזה תנא יש לפסוק:**

**רב סבר שהלכה כחכמים** שכל שנתן לו רשות להניח- נעשה שומר.

**ושמואל פסק כרבי** שאינו מתחייב עד שיקבל עליו שמירה.

**ונחלקו הראשונים כיצד יש לפסוק הלכה למעשה:**

**הרי"ף** (ב"ק כא.) **והרמב"ם**(נזקי ממון ז, ה) **הכריעו כרבי** שאינו מתחייב בשמירה ע"י הנחה בלבד, וזאת משום שכך פסק שמואל והכלל הוא שהלכה כשמואל ב'דיני'.

**אמנם הרא"ש** (ב"ק ה, ג) **הביא שהסתפקו תוספות** (ב"ק מח: ד"ה 'ושמואל') **כיצד לפסוק**, משום שלכאורה היה צריך לפסוק כרבי ע"פ הכרעת שמואל שהלכה כמותו ב'דיני'. אך ישנם 2 מקומות בהם נראה שרבא שהוא 'בתרא' נקט כשיטת חכמים:

א. הגמרא הביאה ברייתא ממנה נראה שתחילתה כדעת חכמים וסופה כדעת רבי (כנוס שורך ושמרו - הזיק חייב, הוזק פטור[משמע שאף שלא קיבל שמירה חייב].כנוס שורך ואני אשמרנו - הוזק חייב, הזיק פטור[משמע שצריך לקבל שמירה במפורש]) ורבא טרח להעמיד שכל הברייתא הנה כשיטת חכמים (ומה שכתוב 'ואני אשמרנו' לאו דווקא) ומשמע שסבר כחכמים.

ב. אף בדף מז: טרח רבא להעמיד את דברי המשנה כדעת חכמים.

**הב"י כתב שהלכה כדעת רבי וכהכרעת הרי"ף והרמב"ם,** ואין לעזוב את הכרעתם מחמת ספיקם של תוספות, וכן אין בטענת תוספות בכדי לעזוב את הכלל שהלכה כ'שמואל'.

**וכן פסק בשו"ע** שעד שלא קיבל עליו שמירה במפורש, לא קיבל עליו שמירה על אף שהתיר לו להניח את החפץ ברשותו.

**הרמ"א** לא העיר על השו"ע כלום.

**אמנם בסימן שצח כתב הרמ"א בלשון יש חולקים** כצד שהעלו תוספות שהלכה כחכמים, ולכן יש לחייבו כשומר.

---

[169] כתב הלחם משנה: 'הנח סתם בעיא דלא איפשיטא וקצת תימה אמאי לא כתב כאן רבינו דאי תפס לא מפקינן מיניה כדרכו בכל תיקו האמור בגמרא וצ"ע'

ונראה ליישב שהואיל והספק הוא על עצם קבלת השמירה, יוצא שמכוח הספק לא ניתן להחיל עליו את חובת השמירה, ולכן במידה שפשע הוא פטור, שלא התחייב בשמירה מכוח הספק.

**והש"ך (ט) תמה על כך שהרמ"א כאן סתם** שלא כדבריו בסימן שצח, וציין שהמהרש"ל (ים של שלמה ב"ק ה, ו) פסק כדעת תוס'.

## האם קיבל שמירה כשהרשה שיניח בתוך ביתו?

**בפסקא הקודמת התבאר** כי נחלקו התנאים האם נתינת רשות להנחת דבר בחצירו מהווה קבלת רשות.
**והשו"ע והרמב"ם פסקו כדעת** רבי שאין בזה משום קבלת רשות (בניגוד לתוס' שהציע שיש לפסוק כחכמים שיש בזה קבלת שמירה, והרמ"א הביא דיעה זו בסימן שצח).
**הש"ך (ח) הביא שכתב ההגהות אשר"י**(ב"ק ה, ג)**בשם האור זרוע**(חלק ג פסקי ב"ק סימן רכה) שבמידה ונתן אדם רשות לחבירו להניח דבר בביתו אף רבי יודה שקיבל עליו לשומרם.
**האור זרוע הוכיח כן מהירושלמי** (ב"ק פרק ה הלכה ד)שם נאמר במפורש: 'אמר ר' ירמיה הכל מודין בבית שהוא אומר לו הכנס ואני משמרו, הכל מודין בשדה שאומר לו הכניסהו ושמרהו, מה פליגין בחצר: ר' אומר חצר כשדה וחכמים אומרים חצר כבית'.
**הנתיבות (ח) ביאר** שהסיבה לחלק בין בית לחצר היא שאדם מקפיד על כך שבעל החפץ לא יכנס לביתו, ועל כן על כרחך הוא התכוון שישמור בעצמו, ולא שבעל החפץ ישמור.
**אמנם ישנה לכאורה גמרא מפורשת כנגד דברי האור זרוע, שהרי בגמרא בב"מ מט:** מספר רב פפי שלאחד האמוראים היה מקרה בו ביקש ממנו אדם להפקיד אצלו מעות משום שחשך עליו היום ואמר לו אותו אמורא 'הא ביתא קמך' כלומר הרי ביתי לפניך, ונגנבו אותם מעות, ופסק רבא שאותו אמורא פטור לא רק מגניבה אלא גם מפשיעה, מפני שלשון זו אינה מהוה קבלת שמירה כלל, אף לא כשומר חינם, **וכן פסק הרמב"ם** (שכירות ב, ח) **ובעקבותיו הרמ"א בסעיף שלנו.**
**ומגמרא זו לכאורה עולה** שההסכמה להכניס בביתו אינה מהווה קבלת שמירה.
**על כך כתב ההגהות אשר"י בשם האור זרוע**, שבאמת סתם כך הסכמה להניח בביתו מהוה קבלת רשות, אלא שלשון זו מעידה על כך שאין ברצונו להיות שומר, [ובלשונו 'דהאי לישנא גרע מרשות סתמא'].
[המחנה אפרים (שומרים סימן ד) סבר שהרמב"ם חולק וסובר שדין בית כדין חצר, ועיין באבן אזל (נזקי ממון ג, טו) שכתב לדחות דבריו].
**הנתיבות (ב) הגביל את דינו של האור זרוע,** וכתב שכל מה שנאמר שכשנתן לו רשות להניח בבית הוא קיבל עליו שמירה, זה רק במציאות שהחפץ לא נשמר מאליו ללא שמירת בעלים. אך במציאות שבמקום זה החפץ אינו צריך את שמירת הבעלים, אנו מניחים שבעל הבית לא קיבל עליו שמירה, אלא אם כן המפקיד אמר לו 'שמור לי', וזאת ע"פ יסודו של הנתיבות שהובא לעיל שיש צורך לומר 'שמור לי' בדבר הזוקק שמירת בעלים וללא זה אנו מניחים שלא קיבל שמירה.
**על פי זה פסק הנתיבות במעשה שהיה לפניו** ש'ברעש מלחמה נתן אחד לחבירו להניחו במטמון שיש לו בקרקע בביתו, ואחר כלות הרעש חפר הנפקד הקרקע להוציא שלו והודיע להמפקיד שכבר הוציא שלו, ואח"כ נגנב הפקדון', ופסק הנתיבות שהנפקד לא נחשב כשומר כלל ופטור אף מהשבועה, משום שהנפקד לא ביקש שישמור בשבילו שמירת בעלים ולא מוכח מענינו שנתכוין לשמירה'.

## השכיר ביתו להכניס חפץ אצלו ואמר לו 'הרי ביתי לפניך'

**הבאנו לעיל שהתבאר בגמרא בב"מ מט:**שהאומר 'הרי ביתי לפניך לא קיבל שמירה'.
**וכתב בבדק הבית בשם הריטב"א** (ב"מ מט: ד"ה 'כל הא ביתך')שהגמרא עוסקת אף במציאות שקיבל על כך דמי שכירות, והוכיח כן מכך שהייתה הוא אמינא שהוא התחייב על הגניבה כשומר שכר.

## כשקיבל שמירה על שור חברו, אם הכוונה שישמור שלא ינזק ממונו שלו או גם ממון אחרים?

לשון המשנה והגמרא בב"ק מז.-:

**מתני'.** הקדר שהכניס קדרותיו לחצר בעל הבית שלא ברשות, ושברה בהמתו של בעל הבית – פטור...

ואם הכניס ברשות - בעל החצר חייב.

**רבי אומר:** בכולן אינו חייב עד שיקבל עליו לשמור.

**גמ'**.... איבעיא להו: היכא דקביל עליה נטירותא, מהו? דנפשיה הוא דקביל עליה, או דלמא אפילו נטירותא דעלמא קביל עליה?...

**המשנה מביאה את מחלוקת רבי וחכמים,** האם הסכמה להניח דבר בתוך רשותו מהווה קבלת שמירה, ושם עוסקת המשנה במציאויות בהם אותו הדבר שהונח בחצירו הוזק מנכסי בעל הבית, ובזה חייבו חכמים את בעל הבית אף בסתמא, ורבי חייב רק במידה וקיבל עליו אחריות מפורשת.
**הגמרא הסתפקה** האם במציאות שקיבל עליו בעל הבית שמירה, הוא קיבל שמירה רק שממונו שלו לא יזיק, או גם שאותו הדבר לא ינזק מממון אחרים.
**הגמרא לא פשטה ספק זה.**

**נחלקו הראשונים** האם הספק הוא במציאות שנתן רשות בסתם וכדעת חכמים, או גם במציאות שקיבל עליו שמירה במפורש.
**לדעת רש"י** (ב"ק מז: ד"ה 'היכא') הספק הוא בין לשיטת חכמים במידה ונתן רשות סתם, ובין לשיטת רבי כשקיבל עליו שמירה במפורש.
**אך הרא"ש** (ב"ק ה, ד) **השיג עליו** וכתב שלא יתכן שכשקיבל עליו שמירה במפורש תסתפק הגמרא אם קיבל גם שמירה מנזק של ממון אחרים, שהרי פשוט שכשקיבל שמירה, הוא נעשה שומר לכל דבר.
**על כן כתב הרא"ש** שנראה שכל הספק הוא רק לדעת חכמים כשנתן רשות בסתם.
**עוד כתב הרא"ש שניתן לקיים את פירושו של רש"י** בכדי שיהיה בו נ"מ להלכה גם לרי"ף שפסק כרבי, ולבאר שכשאמר בעל הבית 'כנוס שמורך ואשמרנו' יש בזה צד של צמצום ויתכן שלא קיבל עליו שמירה אלא מממון שלו שלא יזיק.
**הב"י כתב** שאינו מבין מדוע טרח הרא"ש להעמיד ספק זה להלכה לדעת הרי"ף, והרי הרי"ף לא הביא ספק זה ומשמע שסבר שאין בו נ"מ להלכה לדעת רבי, ובאמת פשוט שכשקיבל שמירה, נעשה כשומר לכל דבר, (אף הרמב"ם לא הזכיר ספק זה).
**א"כ יוצא שלדעת הב"י** כל שקיבל עליו שמירה נעשה כשומר לכל דבר ואף להיזק אחרים, ואם לא קיבל עליו שמירה, בלאו הכי אינו חייב כלום משום שהלכה כרבי.
**אך כבר הזכרנו לעיל שהרמ"א בסימן שצח, וכן המהרש"ל פסקו כתוס'** שהלכה כחכמים ואף נתינת רשות מהווה קבלת שמירה.
**וא"כ לשיטה זו יש נ"מ לספק זה** אף לפי ההבנה שהספק הוא רק בדעת חכמים וכשקיבל בסתם.
**אלא שהקשו תוספות** (ב"ק מז: ד"ה 'או דילמא') על ספק הגמרא, כיצד העלתה הגמ' אפשרות שלא קיבל עליו שמירה מנזקים חיצוניים והרי באותו עמוד קבע רבא שלדעת רבנן כשקיבל עליו שמירה, הוא קיבל שמירה אף מהיזק של רוח.
**ותירצו תוס' בתחילה** שהספק הוא האם דברי רבא הללו אכן נתקבלו להלכה או שנאמרו כדחיה בלבד.
**עוד תירצו תוספות** שאכן פשוט שקיבל עליו שמירה גם מנזקים חיצונים, אך זאת רק במציאות שהשור יצא מהחצר ואז ניזוק, אך הוא לא קיבל עליו שמירה ממציאות שנכנס שור אחר לתוך חצירו והזיק, משום שזה דבר שלא העלה בדעתו.
**הרמ"א בסימן שצח הביא את דעת תוס' שהלכה כחכמים שאף בסתם קיבל** שמירה וכתב שזה רק מנזקיו שלו, וזאת מכוח שהספק לא נפשט ואין מוציאים ממון מספק, ומשמע שנקט כתירוץ הראשון של תוס' שהספק הוא ביחס לכל היזק שאינו מממון בעל החצר.
**אמנם המהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק ה, ו) האריך לצדד בתירוץ השני של תוס' שיש לחלק בין מציאות שהשור יצא החוצה וניזוק שחייב, לבין מציאות שהוזק בתוך החצר שפטור, **וכן נקט הש"ך** (סימן שצח ס"ק ג).

## [הנותן רשות להניח גדיש של חבירו בחצרו

**עיין בסיכומינו לסימן שצג** (עמוד 338 )**שם מבואר ע"פ הגמרא בב"ק נט:** שבמקרה של שומר בבית הגרנות שנתנו לו גדיש, אף רבי (שכמותו פסקו הרי"ף הרמב"ם והשו"ע כמבואר לעיל) יודה שכל שנתן רשות להכניס גדישו, קיבל עליו גם אחריות על הגדיש,
**והרא"ש** (ב"ק ו,ט)**העלה אפשרות** שיש נ"מ לדין זה אף לשיטת חכמים שסוברים שלעולם קיבל שמירה בסתם, ויתכן שלשיטתם, במקרה שנותן לשומר הגדיש, אף אם עשה כן שלא ברשות, הרי זה כברשות, ואם אכלה בהמתו של בעל החצר, חייב על החצר, עי"ש עוד פרטים בזה.]

## נתן לחברו שנוסע להוליך לו חפצים והשיב הנוסע 'הניחם על החמור'

**הטור כתב בשם אביו הרא"ש בתשובה** (כלל צד סימנים ב, ד) שאם נתן אדם לחברו שנוסע להוליך לו מנעלים, והשיב הנוסע 'הניחם על החמור', והנוסע לא קבלם ביד ולא קשר אותם, אלא הוליכם כמו שהם, והלך הנוסע באמצע הדרך להסך רגלים, וכשחזר אבדו המנעלים, הוא חייב באחריותם.
וביאר הרא"ש שאין לדמות זאת לספק הגמרא בב"מ פא: כשאומר 'הנח' בסתם, (שלהלכה אנו פוטרים כמבואר לעיל) או למבואר ב"מ מט: שכשאומר 'הא ביתא קמך' שפטור מחובת שמירה, משום שדברי הגמרא אמורים בבית הנפקד שהוא מקום המשתמר, אבל במקרה זה פשוט שקיבל עליו שמירה 'שאם לא ישמרם בדרך ודאי יאבדו', וחייב על הפשיעה בכך שלא קשרם והניחם לבד.
**הדרכי משה (א) כתב שמדברי הנמוק"י ורבינו ירוחם משמע שלא כדברי הרא"ש**.
**נראה שכוונת הד"מ** למה שהביא בשמם בדרכי משה הארוך (ב) שהנמוק"י (ב"מ נ: ד"ה 'שמור לי') דן בדברי הגמרא שאומרת שהמשנה עסקה בשוק, ושאל אם כן כיצד קיבל שמירה כשאמר 'הנח לפני', והרי לא עשה מעשה קנין והשיב שיש לומר שהניחו בד' אמותיו בסימטא או בבהמה והכישה במקל, וכן רבינו ירוחם (נתיב ל חלק א) כתב שכל דברי הגמרא אמורים בשוק.
**ודברי הדרכי משה צריכים בירור** שלכאורה הערתו אינה רק מהראשונים אלא מהגמרא עצמה, שאמרה שהדיון לגבי הנח הוא בשוק, בניגוד למחלוקת רבי וחכמים העוסקת במקרה שהניח בחצרו?!
**השו"ע הביא את דברי הרא"ש**.

**והרמ"א ביאר** שלדעת הרא"ש אמירת הנח אינה מחייבת שמירה רק במקום המשתמר, אך במקום שלא משתמר מחוייב אף כשאמר רב הנח.
**אך הביא הרמ"א שיש חולקים** וסוברים שאפילו במקום שאינו משתמר אינו שומר חינם עד שיאמר 'הנח לפני'.
**הסמ"ע (ד) כתב** שמוכרחים לומר שאף הרא"ש לא התכוון לומר שאמירת 'הנח' סתם כך בשוק, מחייבת בשמירה, שזה כנגד הגמרא, אלא פשוט שכל כוונתו היא דווקא במקרה שהלך בדרך והמפקיד לא יכל לשומר ולכן פשוט שהתכוון לשמור.
**וכתב הסמ"ע** שלפי זה לא מוכח שיש מי שחולק על הרא"ש בזה, והשיג על הרמ"א שהציג זאת כמחלוקת.
**הש"ך (ח) הסכים לדבריו הסמ"ע.**
**הנתיבות (ח) העיר על הסמ"ע** שדבריו אינם נכנסים בלשון הרא"ש במה שחילק בין מקום המשתמר למקום שאינו משתמר.
**וביאר הנתיבות** שאמנם צדק הסמ"ע בחילוקו בין אמירת 'הנח' בשוק שיכול לשמור, לבין המקרה של הרא"ש שהמקבל נוסע והמפקיד לא יכול לשמור, אך אין זה מיישב את החילוק בין המקרה של הרא"ש למקרה המבואר בב"מ מט: שמפקיד בביתו, שהרי גם במקרה זה, אין בכוונת הנפקד שהמפקיד ישהה עמו בבית, ואעפ"כ לא קיבל עליו שמירה. וביאר הנתיבות שלשם כך נצרך הרא"ש לחילוקו שבבית מדובר במקום שמשתמר מאליו, ולכן ניתן להבין שלא קיבל עליו שמירה, מה שאין כן בדרך שלא משתמר מאליו, וגם לא ניתן לומר שהתכוון שהמפקיד ישמור, ולכן פשוט שבמקרה זה, הוא קיבל עליו שמירה.
**עוד העיר הנתיבות (ז) שלכאורה יש לברר** כיצד מתחיב השומר ללא מעשה קניין, והרי משיכת הבהמה אינה יוצרת קנין לכלים שעליה כמבואר בסימן רב סעיף יד, וגם אין זה מועיל מכוח קנין חצר שזוהי חצר מהלכת, וכתב שאמנם לרא"ש אין הדבר קשה שכתב כן לשיטתו ששומר מתחייב אף ללא מעשה קניין וכפי שיבואר לקמן בסעיף ה, אך קשה על השו"ע והרמ"א שלא העירו שיש מי שחולק בזה.
**ותירץ הנתיבות** שלדין זה כולם יודו, אך לא מטעם שנעשה שומר, אלא משום שיש להחשיבו כמאבד בידים כשם שמבואר בגמ' בב"מ כה: שהמניח במקום שאינו משתמר נחשב כמאבד חפצו מדעת.
**וכתב הנתיבות** שמכול מקום יש נ"מ בין סברת הרא"ש לסברת החולקים עליו, שלדעת החולקים הוא אינו מוגדר כשומר, ולכן אם הוא טוען ששמר כראוי, לא ניתן להשביעו.
**הקצות (ג) הביא את דברי מהרי"ט** (חו"מ סימן קטז) שכתב שכשם שבמקרה שאמר 'הניחם על החמור' התחייב בשמירה, הוא הדין כשאמר 'איני מוליכו, כי מתיירא אני פן יאבד בדרך והרי זה מחלוקת. על כן איני נוטלו מידך. אם רצונך שאוליכהו דרך חסד, השליכהו ארצה ואקימהו מן הארץ ויחשב אצלי במציאה.
משום שהוא לא אמר במפורש שאינו מתחייב באחריות, וכן הזכיר שחשב אצלו כמציאה ושומר אבידה חייב בשמירה, אלא שפטור משבועה כדין המוצא מציאה.
**הקצות השיג על דבריו וכתב** שפשוט שבמקרה זה כוונתו הייתה להסיר ממנו אחריות, ואין לחייב עליו כשומר אבידה, שהרי זוהי אבידה מדעת, **וכן הסכים הנתיבות (ה).**

## האומר בלשון אשכנז 'למה לא אקבלנו הלא לא מזיק לי דבר'

**הפת"ש (ב) הביא את דברי הזכרון יוסף** (סימן א אות ג)**שכתב** שאם אמר הנפקד בשעה שהסכים לקבל את הפיקדון בלשון אשכנז: 'למה לא אקבלנו, הלא לא מזיק לי דבר', הוא קיבל על עצמו שמירה שהרי זה כאומר 'הנח לפני', ועוד שמדובר בשמירה בבית שבזה כתב הש"ך בשם ההגהות אשר"י שקיבל שמירה אף כשאמר 'הנח' בסתם, ואף אם נאמר שמפשטות לשון הרא"ש משמע שבבית הוא לא מקבל עליו שמירה (א"א- לכאורה רק כשאמר 'הנח' בסתם) מכול מקום אף הוא יודה במקרה המדובר, משום שהיה ידוע שהמפקיד הולך ולא יכול לשמור על הנכס, וגם בלשון אשכנז לשון 'אקבלנו' מורה על שמירה. ונראה שכל מה שאמר הנפקד: 'הלא לא מזיק לי דבר', זה רק 'פטומי מילי בעלמא שהבטיח לנפשו שלא יקרה לו שום הפסד ע"י זה'.

## כשלא קיבל עליו שמירה האם הוא מחוייב בשבועה?

**כתב הרמב"ם**(שכירות ב, ח) **ובעקבותיו השו"ע** שבמקרה שלא התחייב בשמירה, הוא לא מחויב בשבועה כלל על שלא שלח יד, אלא שיכול המפקיד להחרים על מי שלקח הפיקדון שלו ולא החזירו לבעליו.
**הקצות (ב) ביאר** שחיוב שבועה שלא שלח יד הוטל רק על שומר, וכתב שלפי זה צריך לומר שמה שכתב הרמב"ם בהמשך הפרק (שכירות ב, יא) שאם בעל הבית טוען שהוא קיבל שמירה, מחוייב הנפקד היסת ואגב כך יכול המפקיד לגלגל עליו שבועה שלא שלח בו יד, אין הכוונה באמת לשבועת של שליחות יד, אלא שלא גזל את הפקדון. (ומבואר בשטמ"ק (ב"מ מא. ד"ה 'תרגמה') שהחילוק בין 2 סוגי שליחות היד הוא שבשליחות יד של גזל האדם נוטל על דעת ליטלה ולחסרה חלקה ומקצתה ולא לשלם על כך, בעוד כששולח יד בפקדון דעתו לשלם בסוף לבעלים)

## אדם שמכר חפץ ועדיין מחזיק בו, אם מחוייב בשמירה

**הב"י בסימן קצח הביא את דברי רבינו ירוחם** (נתיב ט חלק ד) **שכתב שישנה מחלוקת** בעניין מי שקנה באופן שאין שום אחד מהם יכול לחזור בו והוא ברשות מוכר:
**יש מן הגדולים שכתבו** שהוא עליהם כמו שומר חנם.
**ויש מן הגדולים שכתבו** שאינו אפילו שומר חנם, ודינו כאומר הרי ביתך לפני.
**וכתב רבינו ירוחם שנראה עיקר** כדיעה השניה שאינו נעשה שומר כלל.
**וכתב הנתיבות (ג)** שבמקרה שהמוכר מקפיד שלא לתת את המקח עד שיקבל מעות הוא נעשה כשומר שכר, כדין המלוה על המשכון כמבואר בסימן עב סעיף ב.
**עוד הוסיף הנתיבות** שאם מדובר במקח שהמוכר שמח להפטר ממנו [זבינא דרמי על אפיה], אז הוא נעשה שומר שכר, בעצם זה שכבר מכר את החפץ ומחזיק בו בתמורה לקבלת מעות.

## אדם שלקח חפץ על מנת לזכות בשביל אחר, אם נעשה שומר

**הרשב"א בתשובה** (חלק ד סימן רמב) **כתב** שאם זיכה אדם לחברו בכדי שיזכה לקטן: אם הקטן בפנינו אנו מניחים שרצה המזכה שאותו אדם יהיה אפוטרופוס, אך במידה והקטן לא היה בפנינו, אנו מניחים שהקנה לו רק בכדי שיזכה לו, ולכן לא נעשה שומר ופשוט שלא חייב בפשיעה (אף לשיטות שאפוטרופוס חייב בפשיעה), אך מכול מקום לא יתן לקטן עד שיגיע עונת הפעוטות כדין שומר אבדה שצריך להחזיר למקום משתמר, אך אם החזיר לפני כן לא התחייב, משום שלא נעשה שומר.
**הנתיבות (ג) כתב** שדווקא לגבי קטן אין לחייבו, משום שאין חיוב בפשיעה לגבי קטן כפי שכתב הרשב"א (שבועות מב. ד"ה 'עוד כתב הרב ז"ל'), אבל במידה וזיכה אדם לחברו כדי שיקנה לגדול שאינו לפנינו, הוא נעשה כשומר חינם, ומחויב במידה ופשע, ומכול מקום אין דינו כשומר שכר כדין כל שומר אבידה מכוח הריוח של 'פרוטה דרב יוסף', משום שסברת 'פרוטה דרב יוסף' שייכת רק במציאות שהתורה הקפידה על המצווה כגון שהתורה צוותה להלוות או שיקח את האבידה ויטפל בה, וכאן התורה לא הקפידה שהאדם יזכה בשביל חברו.
**לאור זאת כתב הנתיבות** שהרמב"ם שפסק שיש חיוב שומרים אף לגבי קטן (טוען ונטען ה, ט), יחלוק על דברי הרשב"א ויסבור שכל שזכה אף לקטן שלא בפניו נתחייב בשמירה ומחוייב בפשיעה[170].

לשון השו"ע:

**<u>סעיף ב:</u>**
**שומר חנם הוא שהפקיד אצלו כסף או כלים או בהמה או כל דבר לשמור והוא קבל עליו לשומרו. ואפילו לא קבל בפירוש, אלא שאמר לו: הנח לפני, הוא שומר חנם.**
**אבל אם אמר לו: הנח לפניך, או: הנח, סתם,** (או שאמר לו: הרי הבית לפניך) (רמב"ם פ"ב מה' שכירות וטור), **אפי' שומר חנם לא הוי ואינו חייב שבועה כלל, אבל מחרים על מי שלקח פקדון שלו ולא יחזירנו לבעליו.**
**ומכל מקום מי שהיה מהלך בדרך וא"ל חבירו: הולך עמך אלו המנעלים, ואמר לו: הניחם כאן על החמור, והניחם שם ולא קבלם הנפקד בידו אלא כמו שהניחם המפקיד על החמור כך הוליכם ולא קשרם והלך לו מן הצד להסך רגליו והניח החמור על אם הדרך ונאבדו המנעלים, הוי שומר חנם והוה ליה פושע וחייב לשלם.**

---

[170] יש להעיר שמלשון תשובת הרשב"א משמע שיש חיוב שמירה בקטן, אלא שלא קיבל עליו שמירה ושלא כדברי הנתיבות, ולכאורה גם סותר לדבריו בחידושיו שם משמע שאין חיוב שמירה לקטן.
עוד יש להעיר שבתשובת הרשב"א לא מובן כיצד מחד פטור מפשיעה, ומאידך מחייב כשומר אבדה, וכן הקשה המחנה אפרים (שאלה ופקדון סימן ח).
והיה מקום לבאר שלדעת הרשב"א יש חילוק בין שמירה המגיעה מן הקטן שפטור משום שאין נתינתו נתינה, לבין מציאות שקיבל מאחר על מנת לזכות לקטן ומעין זה נמצא ברמ"ה המובא בטור בסימן צו שכאשר הגיע מן הגדול הדין שונה, עי"ש.
ולעניין השאלה כיצד מחד פטור מפשיעה ומאידך מחויב שבועה, שמעתי מפי ר' אהרון קרמר שניתן לבאר שלדעת הרשב"א הוא אכן מחויב בשמירה לכל דבר וענין, אלא שבניגוד לקבלת שמירה מפורשת ביחס לקטן שבזה היה מחוייב לשמור עד שיגיע לעונת הפעוטות, כאן שלא קיבל שמירה אלא שהתחייב בשמירה מכוח השבת אבידה די שישיב את האבידה לקטן שהגיע לידיעת צרור וזורקו, ונראה שהדברים יושבים יפה בלשון הרשב"א עיין בזה ודוק, אלא שבנתיבות מבואר שלא הבין כך משום שהבין שפטור מכל פשיעה.

הגה: דלא אמרינן דאם אמר: הנח, סתם, לא הוי שומר חנם, אלא במקום המשתמר, אבל בדרך וכיוצא בו ודאי קבל עליו שמירה (טור בשם תשובת הרא"ש).
ויש חולקין וסבירא להו דאפילו במקום שאינו משתמר לא הוי שומר חנם, עד שיאמר: הנח לפני. (מרדכי פרק האומנין ודעת עצמו מגמרא דפרק האומנין אליבא דחכמים):

**<u>סעיף ג:</u>**
**בקש מחבירו שיתן רשות להכניס בהמתו או פירותיו לחצירו, ונתן לו רשות ולא פירש כלום בשמירתן, אינו חייב בשמירתן כלל:**

## תקציר

- כאשר אדם מקבל חפץ בשוק ואומר 'הנח לפני' הוא התחייב בשמירה, ואם אמר 'הנח לפניך' לא התחייב בשמירה (גמ' פא:).
- אם אמר הנח בסתם הדבר נותר בספק בגמרא ולכן להלכה לא נעשה שומר (שם).
- במידה וקיבל לחצירו:
**לדעת הרמב"ם והרי"ף** והשו"ע לא נעשה שומר בסתם כדעת רבי.
**ולדעת התוס' היש"ש והרמ"א** בסימן שצח נעשה שומר כדעת חכמים.
- **הנתיבות מעיר** שאף כשאמר הנח לפני נעשה שומר רק במידה והדבר זוקק את שמירתו, שאם לא כן לא נעשה שומר עד שיאמר המפקיד 'שמור לי' (מבוסס על מכילתא שהביאוה תוס' ורמב"ן).
- **כתב ההגהות אשר"י בשם האור זרוע** שבמידה והדבר הונח בביתו- אף בסתם קיבל שמירה, וחילק בין מציאות זו למציאות שאמר הנפקד 'הרי ביתי לפניך' שבזה גילה שאין ברצונו לשמור(ע"פ המבואר בב"מ מט:).
- **כתב הריטב"א** שכאשמר 'הרי ביתי לפניך' לא נעשה שומר אף אם השכיר מקום בביתו.
- אף לעניין שמירה בבית **כתב הנתיבות** שבמידה והדבר אינו זוקק שמירה- לא נעשה שומר בסתמא מבלי שיאמר המפקיד 'שמור לי'.
- **הנתיבות כתב** שאמירת 'שמור לי' ושתיקת הנפקד אינה מהווה קבלת שמירה ללא עשיית מעשה (וביסס דבריו על מהרי"ק).
- **כתב הצמח צדק** שאשה שהחזיקה תינוק עם דינר אינה מחוייבת בשמירה.
**השער משפט חכך בזה** שמא קיבלה עליה שמירה כדין בעל שמקבל שמירה בדבר שהשאילה אשתו.
- **נחלקו הראשונים** האם כשקיבל שמירה, קיבל רק מנזקיו שלו או גם של אחרים:
**מסתימת הרמב"ם והשו"ע** משמע שקיבל שמירה מהכל.
**ומתירוצם הראשון של תוס ומהרמ"א** בסימן שצח עולה שקיבל שמירה רק מנזקיו
**ולדעת המהרש"ל והש"ך** יש לחלק בין נזק שנוצר בתוך חצירו מגורמים אחרים שאינו חייב, לבין מציאות שיצאה הבהמה ונזוקה בחוץ שחייב.
- **הרא"ש פסק** שבמידה ואמר 'הנח על חמורי' והוליך את החפץ הוא קיבל עליו חובת שמירה,**וכן פסק השו"ע.**
**הרמ"א סבר שיש שחולקים וסוברים** שאף במקום שאינו משתמר אינו מקבל שמירה בסתמא.
**אך הסמ"ע השיג עליו** וביאר שאף הרא"ש לא סבר שסתם כך מקבל שמירה במקום שאינו משתמר, אלא רק במקום שהולך למקום אחר.
- **המהרי"ט כתב** שכשאמר: "איני מוליכו, כי מתיירא אני פן יאבד בדרך והרי זה מחלוקת. על כן איני נוטלו מידך. אם רצונך שאוליכהו דרך חסד, השליכהו ארצה ואקימהו מן הארץ ויחשב אצלי במציאה', הוא קיבל עליו שמירה לעניים פשיעה, אלא שפטר עצמו משבועה כדין שומר אבידה
**הקצות והנתיבות השיגו עליו** שבזה פטר עצמו מכול חובת השמירה ואף מפשיעה.
- **הזכרון יוסף פסק** שאין באמירת 'למה לא אקבלנו הלא לא מזיק לי דבר' בכדי לפוטרו מהשמירה אלא חייב כדין הנח לפני וכל שכן כשהניח בבית.
- **רבינו ירוחם הכריע** שמוכר שמחזיק חפץ שכבר קנה הלוקח, אינו מחוייב בשמירתו.
**הנתיבות הגביל זאת** למציאות שאינו מעכב את החפץ בעבור ממון, וכן שלא מדובר בחפץ שהוא שמח להפטר ממנו.
- **הרשב"א עסק בתשובה** בדבר הזוכה בעבור קטן, וכתב שכשהקטן אינו נמצא אינו מחוייב בפשיעה, אך לכתחילה צריך להשיב לו רק לכשיגדל.

**וכתב הנתיבות** שזה דוקא לשיטת הרשב"א שסבור שאין חיוב פשיעה בשמירת קטן, ובגדול אף הוא יודה שמחוייב בפשיעה כדין שומר אבידה, אך אינו שומר שכר, ולדעת הרמב"ם אף בקטן מחוייב בפשיעה, משום שלדעתו יש פשיעה לקטן.

- **הרמב"ם והשו"ע פסקו** שכל שאינו מחויב בשמירה, אינו מחויב בשבועה, וביאר הקצות שאין חיוב על שבועה שלא שלח יד אלא בשומר, אך יש שבועה אחרת שלא שלח יד ששייכת לענין גזילה.

## סעיף ד

### שומר שסבר ששומר על דבר ששווה פחות משוויו האמיתי

לשון הגמרא בב"ק סב.

**אמר רבא** הנותן דינר זהב לאשה ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא הזיקתו משלמת דינר זהב משום דאמר לה מאי הוה ליך גביה דאזקתיה.

פשעה בו משלמת של כסף דאמרה ליה נטירותא דכספא קבילי עלי נטירותא דדהבא לא קבילי עלי.

**א"ל רב מרדכי לרב אשי אתון בדרבא מתניתו לה אנן ממתניתא פשיטא לן:**

חטין וחיפן בשעורין, שעורין וחיפן בחטין, אינו משלם אלא דמי שעורין בלבד.

**אלמא** אמר ליה נטירותא דשערי קבילי עלי הכא נמי אמרה ליה נטירותא דדהבא לא קבילי עלי.

**רבא דן במציאות** שאדם הפקיד דינר לאשה ואמר לה שהוא של כסף בעוד שבפועל הוא היה של זהב, ואמר רבא שבמציאות זו האשה אינה מחוייבת לשלם שווי של דינר במידה ופשעה, משום שהיא קבלה עליה שמירה של דינר זהב בלבד, אמנם אם היא הזיקה את החפץ ממש, היא תתחייב בכל הסכום, משום שהמפקיד יכול לטעון: 'מה היה לך להזיקו', רב מרדכי הביא ראיה מן המשנה לדברי רבא שהשומר על חיטים שמחופים בשעורים, מתחייב בשמירה רק בשווי של השעורים, **השו"ע פסק כדברי רבא.**

**ונחלקו הפוסקים** האם דין זה של רבא שחייב רק כשווי הנמוך, נכון בכל מצב בו השומר חשב שהחפץ שעליו הוא שומר שווה פחות משוויו האמיתי, או שדין זה נכון רק במציאות שהמפקיד פשע בכך שאמר שהחפץ שווה פחות משוויו האמיתי[171]:

**בהגהת מרדכי** (ב"ק סימן רז) **כתוב** שאדם שהשאיל סייף מחבירו וסבר שהוא סייף פשוט והסתבר שהיה סייף יקר), אינו מתחייב אלא כשוויו של סיף פשוט, וכראיה זה הביא מגמרתינו, **וסיים המרדכי 'וצ"ע'** (שם מסופר שזה היה משכון של גוי והגוי תובע מהמשאיל את הסכום היקר, ונתייחס לפרט זה במקרה לקמן).

**הרמ"א פסק** בפשטות שהשומר לא מתחייב אלא כשוויו של סייף.

**מדברי הרמ"א עולה** שכל שסבר השומר ששומר על חפץ ששוה פחות משוויו האמיתי, אין לחייבו אלא כפי שחשב.

**אמנם המהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק ו, לד) **השיג על דברי המרדכי,** וכתב שבצדק סיים ב'צריך עיון' שבאמת הדבר צריך עיון גדול, וכתב שרק במציאות שפשע המפקיד ואמר שהוא שווה יותר, פטור השומר, אך אחרת השור מקבל עליו כל שווי שיהיה שווה החפץ, שאם לא נאמר כן יצא שכל אדם יקבל שמירה על אבן טובה בשווי מאה מנה ויטען שחשב שהיא שווה רק כשווי זהב או שתיים ויפטר מלשלם את שוייה האמיתי.

**הש"ך בסימן עב** (ס"ק מ) **הצדיק את דברי ההגהות מרדכי והרמ"א** וכתב שאין פשיעה בכך שהמפקיד אמר שהדבר שווה פחות, משום שמכול מקום היה לאשה להסיק שאמר לה כן רק בשביל שתסכים לשמור במידה והזיקה וביסס דבריו על תוס' בב"ק סב. [התוספות אמרו כן בכדי לבאר מדוע במקרה שנתן לה דינר זהב ואמר שהוא כסף, חייבת האשה במידה ופשעה, בעוד לשיטת התוס' במקרה שזרק ארנקי ולא ידע שיהיה בה מרגנית הוא פטור כמבואר בסיכומנו לקמן לסימן שפח סעיף א] ויוצא שאין משמעות לאמירה זו ואף כשלא אמר המפקיד שהדבר שוה פחות, הנפקד פטור במידה שסבר שהדבר שוה פחות.

**אמנם הסכים הש"ך למה שכתב המהרש"ל** שכשקיבל הנפקד אבן טובה, הוא לא יכול לטעון שסבר שהיא שוה פחות מערכה האמיתי, אך כתב שזאת משום שסתם אבן טובה שווה הרבה כסף.

**ומכול מקום כתב הש"ך** שלדינא נותר הדבר ב'ספיקא דדינא' היות והמרדכי נשאר בצ"ע.

**הקצות (ד) דחה את דברי הש"ך וצידד בדברי מהרש"ל** שכל שלא פשע המפקיד, הנפקד מקבל עליו את חובת השמירה על החפץ לפי ערכו ואין זה משנה כמה הוא חשב שהדבר שווה.

---

[171] ניתן גם לנסח את האפשרות השניה שאין הדבר תלוי בפשיעת המפקיד, אלא שבכל מצב שהנפקד סבר שהוא נטל חפץ אחד וקיבל אחר הוא מתחייב בשמירה רק בשווי של מה שסבר שקיבל, אך במציאות שידע שזה החפץ שהוא מקבל אלא שסבר ששווה פחות, הוא חייב כשווי האמיתי (כן עולה מדברי הקצות וכפי שנראה לקמן ודוק).

**טענת הקצות היא** שהשומר מתחייב בשמירה רק לפי מה שהוא קיבל, (והביא שכן מבואר ברמב"ן (מלחמות ב"ק כו:) שכתב שבזה שומר שונה ממזיק שבמזיק התורה חייבתו ואין זה תלוי בקבלתו). ולפי זה היינו צריכים לומר שבמידה וקיבל שמירה על חפץ, והחפץ התייקר, השומר לא התחייב אלא לפי מה שהיה שוה החפץ בשעה שקבלו, וכבר התבאר לעיל בסעיף א שהפוסקים הכריעו שמתחייב לפי השווי שהיה בשעת הפשיעה, ועל כרחך צריך לומר שמלכתחילה קיבל השומר לשלם כפי מה ששוה החפץ בשעת הפשיעה, ולא לפי השווי שהוא יודע כעת, וא"כ הוא הדין שהשומר קיבל לשלם כפי השווי ששוה החפץ ואף שאינו יודע כמה הוא שווה, ורק במציאות שהוא חשב שקיבל משהו מסויים וגילה שקיבל אחר, כגון שאמר המפקיד שזה מטבע כסף או שחיפה בכסף, בזה אנו אומרים שלא קיבל עליו חובת שמירה אלא כשווי שחשב ששוה החפץ.

**עוד כתב הקצות שיש לדחות את ראית הש"ך מדברי תוספות** [שהיה לאשה לחשוב שהמטבע הוא זהב, ושהמפקיד אמר לה שהוא כסף רק בכדי שתסכים לשמור] משום שרק לעניין מזיק שייכת הסברא שהיה לאשה להסיק שמא הדבר שווה יותר ולא להזיקה, אבל לעניין שמירה, הואיל והמפקיד עצמו אמר לה שהדבר שווה פחות ומשמע שלא ציפה ממנה שתשמור ותקבל אחריות על חפץ ששווי זהב, אין סיבה לומר שהיא בעצמה צריכה להסיק כן ולחייב את עצמה.

## שומר או שואל שסברו שקיבלו דינר כסף ובאמצע השמירה גילו שהוא זהב

**הקצות (ד) כתב ע"פ יסוד דבריו** (שהובאו לעיל) - שהאחריות בשמירה נמדדת ביחס למה שקיבל עליו השומר בשעה שקיבל את החפץ- שבמציאות שחשב בצדק שהמטבע הוא כסף, הוא לא התחייב בפשיעתו אף אם יגלה אח"כ שהוא שווה זהב, הואיל שבשעת השמירה לא קיבל על עצמו לשמור אלא על מטבע כסף.

**ומכול מקום כתב הקצות** שבשאלה אין הדבר כן, משום שכל שחזר והשתמש בחפץ, הוא קיבל עליו את שמירת החפץ כשווי שהוא יודע באותו הזמן.

**אמנם הנתיבות (י) סבר** שאין לחלק בין סוגי השומרים השונים, ואף בשואל לא התחייב אלא כשווי שקיבל על עצמו בשעה ראשונה, שהרי באותה השעה ידע המשאיל שהשואל קיבל עליו חובת שמירה כשווי הנמוך, והסכים לכך (וסברא זו כתב הקצות עצמו בעניין שומר בכדי לבאר מדוע לא היה עליו להניח שהמפקיד הפקיד לו דינר זהב כמבואר לעיל, וצע"ק)

## שומר אבידה שקיבל דינר כסף מחופה זהב, ומה הדין בגנב וגזלן?

**הקצות (ד) הסתפק** האם שומר אבידה נחשב כשומר רגיל שלא מתחייב על דבר שלא יודע שקיבל, או שיש לדמותו למזיק שיש לחייבו גם במקרה זה, והטעם שיש לדמותו למזיק הוא משום שהתורה היא זו שכפתה עליו את חובת השמירה בעל כרחו שנאמר: 'ואספתו אל ביתך' (דברים כב, ב) כדין מזיק.

**וכתב הקצות** שלדעת הרמב"ם נראה פשוט שיש לפוטרו ואף שכפתה עליו התורה את חובת השמירה, הואיל ולדעתו שומר צריך לעשות מעשה קניין בכדי להתחייב, ואדם אינו קונה במעשה קנין חפץ שחושב שהוא אחר ממה שהוא באמת כמבואר בסימן רלב סעיף יח שהלוקח בחזקת בדיל והיה בו זהב לא קנה.

**עוד כתב הקצות** שאף הראשונים הסוברים שאין צורך במעשה קניין בשביל להתחייב בשמירה, יודו שבאבידה צריך, משום שכל דבריהם אמורים בשומר רגיל, שברגע הסתלקות הבעלים מהחפץ והסכמת השומר לשמור- נעשה שומר, אבל שומר אבידה צריך לעשות משיכה כמבואר בפסוק: 'ואספתו אל ביתך'.

**הקצות כתב** שגם לעניין גזילה יש לומר שהיות ומתחייב על ידי משיכה, לא התחייב על דבר שלא סבור שהוא קיים.

**ונשאר הקצות בצ"ע.**

**הנתיבות (י) כתב בעניין הספק של שומר אבידה**, שהדבר תלוי במחלוקת רש"י ותוס' בב"ק סב. (מבואר בסיכומינו לסימן שפח סעיף א) האם מזיק חייב כשהזיק דבר שלא היה לו להעלות על דעתו שהוא מזיק, שלדעת הרמב"ן חייב, ולדעת תוספות פטור, וא"כ הוא הדין שיהיה פטור במקרה של שומר אבידה, וכתב הנתיבות שכבר הכריע השו"ע בסימן תיח סעיף יג כדעת התוספות שפטור מתשלומים והוא הדין בשומר אבידה[172] [יש להעיר שעולה מדברי הנתיבות שבמקום שאמר לה הזהר כי של כסף הוא, יתחייב אף לדעת תוספות משום שהיה לו להעלות על דעתו שהכוונה לזהב וכדין מזיק ולכאורה זהו המקרה בו הסתפק הקצות ויוצא שהנתיבות כלל לא התייחס לספקו של הקצות ודוק וצ"ע]

**ולעניין גזלן וגנב הכריע הנתיבות** שהתחייב לפי שוויו האמיתי, והאריך בכך שהגזלן קונה את גוף הדבר, ובשינוי קונה אף ללא דעתו (ועיין בהערות על הקצות (דזימטרובסקי) שנתקשה בדבריו) וכן הוסיף הנתיבות שגם בדוגמא שהביא הקצות מסימן רלב שכשרצה לקנות בדיל והיה בו זהב שלא קנה, אין זה מדוייק, ובאמת הדבר נחשב כשלו, אלא שהיות ואינו יודע שזה שלו זה נחשב כאבוד ממנו ולכן נפסק שם, שאם מכר לאחר, זכה השני, אך כל עוד זה בידו זה שייך לו, ולכן הגזלן קנה אותו והתחייב עליו.

---

[172] יש להעיר שההשו"ע פסק כן ביחס למזיק שלא בידים, ומסימן שפח סעיף יותר נראה שהכריע שאם הזיק בידים חיב וכדעת הרשב"א וכ"כ הש"ך בסימן תיח ס"ק ו ואף הנתיבות הפנה לדבריו, אך נראה שאין זה משנה לענייננו, שנראה שאין סיבה לחייב פשיעה בשומר אבידה כמזיק בידים ולא כמזיק באש שלא בידים ודוק

## השאיל סייף שהיה משכון מעובד כוכבים ופשע בו, והעובד כוכבים תובע מהמפקיד סכום יקר יותר משווי של הסיף, אם צריך לשלם סכום זה ומה הדין כשהזיק בידים ?

**הבאנו לעיל את דברי ההגהות מרדכי** בדבר המפקיד סייף והתברר שהוא יקר, ושם מסופר שהסיף היה משכון ששייך לגוי.

**ובסימן עב סעיף ח פסק השו"ע דין זה בזה הלשון:**

**ראובן שאל משמעון סייף שהיה לו במשכון מעובד כוכבים, ואבדו, ושואל ממנו ממון הרבה כמו ששואל ממנו העובד כוכבים, לא ישלם לו אלא דמי שוויו דסתם סייף דעלמא.**

**וכתב הש"ך** (עב, מ) שמלשון השו"ע וכן מלשון הסמ"ע (עב, כח) משמע שהבינו שמדובר באופן שהסיף לא שווה באמת בסכום שתובע הגוי, ומשמע שאם הנפקד היה יודע מכך שהגוי יתבע את המפקיד ביותר משוויו, ופשע הוא התחייב כשווי שיתבענו הגוי.

**והש"ך השיג עליהם וכתב** שהמקרה במרדכי עוסק במציאות שגם כשהיסף אכן שווה יותר, הנפקד פטור מלשלם וכפי שהארכנו לבאר לפני, וכתב הש"ך שבמקרה שהסיף לא היה שווה כשוי שתובע העכו"ם, הוא לא היה חייב לשלם כסכום זה אפילו אם הזיק בידים, וזאת אף כשכיוון להזיקו שידע שהגוי יתבענו על כל הסכום.

**הקצות (ד) הביא שבתשובת גאוני בתראי** (סימן נט) נפסק לחייב במקרה זה משום 'דינא דגרמי'.

**הקצות עצמו רצה בתחילה לתלות מחלוקת זו במחלוקת הראשונים לגבי מזיק שור הנסלק שביד השומר**, שלדעת תוס' (בתירוצם השני ב"ק עא: ד"ה 'וסבר ליה') אין לחייב את המזיק את השור, על אף שכעת השומר אינו יכול להשיב את השור לבעליו ולומר 'הרי שלך לפניך ויצטרך לשלם לו דמי שור ממש, וזאת משום שזהו דבר הגורם לממון משום שהשור אינו שווה לכל העולם, ולפי דבריהם אף בנדון דידן פטור שהרי הסיף לא שווה כן לכל העולם, ולדעת הרמב"ן (קונטרס דינא דגרמי) שסבר שחייב גם בזה מדינא דגרמי, יש לחייבו גם בנדון דידן.

**אך דחה הקצות וכתב שבמקרה שלנו אף הרמב"ן יודה** שאין לחייבו,משום שבמקרה של מזיק שור הנסקל, השומר יתחייב מן הדין לשלם דמי שור, ואילו כאן הנפקד אינו מחוייב מן הדין לשלם דמים יקרים בעבור הסיף, ולא עושה כן לא מחמת אונס הגוי, ועל כן יש לפוטרו.

## האם על המפקיד חובת הראיה להוכיח שהפקיד דינר זהב?

**הבאנו לעיל שפסק השו"ע** שאם הנפקד הפסיד ביידים את המטבע, הוא חייב, אף במידה ואמר לו המפקיד שהוא של כסף.

וכתב הסמ"ע (ז) שאם המפקיד לא יכול לברר שהפקיד דינר זה, הנפטר פטור, וציין שכן מוכח בטור בסימן רצ.

**הש"ך (יא)** תמה על הפניית הסמ"ע לדברי הטור ברצ שאדרבה שם מוכח שעשו תקנת הנגזל במנזיק, ולכן די למזיק להשבע ולטול, אלא שכתב הש"ך שלדינא במקרה שלנו נכונים דברי הסמ"ע שחובת הראיה על המפקיד, היות והוא עצמו אמר בתחילה שהפקיד דינר כסף.

## שלח ספרים ביד אדם להוליכם למקום אחר ואמר לו שהם אינם דורשים תשלום במכס, ולבסוף נלקחו במכס

**הדרכי משה (ג) הביא את דברי מהרי"ק** (סימן קנה שורש ג) **שכתב** בדבר שמעון שקיבל ספרים מראובן להוליכם למקום אחר ונלקחו לו במכס וטוען שמעון שראובן פשע בכך שאמר לו שאין נותנים מכס מספרים ואילו לא אמר לו כן, הוא לא היה מקבל לשמור עליהם משום שלא היה רוצה לטרוח בנושא המכס, ופסק המהרי"ק ששמעון פטור, **וכן פסק הרמ"א.**

**בשער משפט (א) ציין שהמהרי"ק סבר** שהשומר פטור מכל חיוב שמירה ואף אלא ה שאינם קשורים למכס, היות וכל קבלת השמירה הייתה בטעות, ורצה ללמוד כן מהגמרא בב"ק (מ.) שהשואל בחזקת תם ונמצא שהוא מועד והזיק, פטור מתשלומי נגיחת השור, ואף מחצי נזק הואיל ולא קיבל עליו שמירה.

**השער משפט האריך להשיג עליו** שאין דמיון בין המקרים, משום שבמקרה של שור שהזיק, אם היה תם יתכן שלא היה מזיק כלל, וכתב שמגמרתנו בעניין האומר לאשה 'הזהרי כי כסף הוא' מוכח שמכול מקום התחייבה בשמירה של דינר כסף, ולא נפטרה מכל חיובי השמירה.

**וסיים השער משפט** שדברי המהרי"ק צריכים עיון.

[עוד העיר שער משפט שמדברי מהרי"ק יוצא שאף שומר שכר פטור במידה ושני הצדדים טעו וחשבו שהספרים אינם שייכים למכס, וכתב שדבריו נסתרים מהגמ' בב"מ: בעניין אפוטרופוס שקנה מן הסרסור שור בלי שינים והפקיד ביד רועה והאריך בזה השער משפט בסימן רפה ס"ק א עי"ש]

לשון השו"ע:

**אפילו כשקבל עליו, אינו חייב אלא כפי שווי החפץ שקבל עליו לשמור. שאם נתן לו לשמור דינר זהב, ואמר לו: הזהר בו של כסף הוא, ופשע בו ונאבד, אינו חייב**

**אלא בשל כסף, שיאמר לו: לא קבלתי עלי אלא שמירת דינר של כסף. וכן כל כיוצא בזה.**
**אבל אם הפסידו בידים, משלם של זהב.**
הגה: שמעון קבל ספרים מראובן להוליכן למקום אחר ונלקחו במכס, ואומר שראובן פשע שאמר שאין נותנין מכס מספרים, ובלא כן לא היה מקבל עליו השמירה כי אין רצונו לטרוח בדבר המכס, הדין עם שמעון (מהרי"ק שורש קנ"ה).

## סעיף ה

**האם צריך מעשה קנין בכדי להתחייב בשמירה?**
לשון הגמרא בב"ק עט.
**בעי אמימר:** תיקנו משיכה בשומרים או לא?
**אמר רב יימר, ת"ש:** נתנו לבכורות בנו או לבעל חובו, לשומר חנם ולשואל, לנושא שכר ולשוכר, היה מושכו ויוצא ומת ברשות הבעלים – פטור.
**מאי לאו** שומר, וש"מ: תיקנו משיכה בשומרין.
**אמר ליה:** לא, גנב.
הא תנא ליה רישא!
תנא גנב שגנב מבית הבעלים, ותנא גנב שגנב מבית שומר.
**אמר ליה רב אשי:** לא תדחייה, מה לי גנב שגנב מבית שומר, מה לי גנב שגנב מבית בעלים!
**אלא לאו** שומר, וש"מ: תיקנו משיכה בשומרין, ש"מ.
**איתמר נמי, אמר ר' אלעזר:** כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות, כך תיקנו משיכה בשומרין.
**תניא נמי הכי:** כדרך שתיקנו משיכה בלקוחות, כך תיקנו משיכה בשומרין...
**מגמרא זו יוצא שהוכרע** שתקנו בשומרים שצריך השומר למשוך, כשם שלוקח מושך ברגע שהוא קנה.
**אמנם בגמרא בב"מ** (צט.) **עולה כי נחלקו האמוראים בעניין זה.**
**לפני שנביא את הגמרא בב"מ נקדים כי נחלקו הראשונים** האם הצורך במשיכה הוא בכדי לחייב את השומר באחריות, וללא המשיכה הוא אינו מתחייב, או שהצורך במשיכה הוא רק בכדי שלא יכול השומר לחזור בו מחובת השמירה.
**לגמרא בב"מ יש חשיבות בהבנת המחלוקת וזה לשון הגמרא:**
**אמר רב הונא:** השואל קרדום מחבירו, בקע בו - קנאו. לא בקע בו - לא קנאו.
למאי?
אילימא לאונסין - מאי שנא פרה דמשעת שאילה?
אלא לחזרה, בקע בו - לא מצי הדר ביה משאיל, לא בקע בו - מצי משאיל הדר ביה.
**ופליגא דרבי אמי, דאמר רבי אמי:** המשאיל קרדום של הקדש - מעל לפי טובת הנאה שבו, וחבירו מותר לבקע בו לכתחילה.
ואי לא קנאו - אמאי מעל, ואמאי חבירו מותר לבקע בו לכתחילה? ניהדריה, ולא ליקנייה ולא לימעול!
**ופליגא דרבי אלעזר, דאמר רבי אלעזר:** כדרך שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים.
**תניא נמי הכי:** כשם שתקנו משיכה בלקוחות - כך תקנו משיכה בשומרים,
**בגמרא מבואר** שלדעת רב הונא לא קנה השואל את החפץ עד שישתמש בחפץ בפועל.
**ומבארת הגמ'** שדברי רב הונא חלוקים על דעת ר' אמי שסבר שדי בהשאלת חפץ של הקדש בכדי למעול ומשמע שקנה בעצם ההשאלה.
**וכן אומרת הגמרא** שדברי רב הונא חלוקים על ר' אלעזר שסבר שתקנו משיכה בשומר כשם שתקנו בשומרים.
[הרשב"א (ב"ק עט. ד"ה 'גמ') כתב שיש כאן ג' דיעות:
**א.** רב הונא שמשיכה אינה קונה אף מדרבנן.
**ב.** ר' אמי שמשיכה קונה מדאורייתא.
**ג.** ר' אלעזר שמדאורייתא משיכה אינה קונה, אלא שמדרבנן קונה].
**בגמרא זו מבואר** שאף רב הונא מודה שלענין אונסים מתחייב שואל משעת שאלה, ורק לענין היכולת של המשאיל לחזור בו ולדרוש את החפץ בתוך זמן השאלה, סבר רב הונא שכל עוד לא השתמש השואל בפועל בחפץ, יכול המשאיל לחזור בו.

**מגמרא זו עולה לכאורה** שאף ר' אלעזר שחלק וסבר שהשואל קונה משעת המשיכה, הכוונה היא לענין שלא יוכל לחזור בו.
**מגמרא זו למדו תוס'** (ב"מ צט. ד"ה 'כך תקנו') **והרא"ש** (ב"מ ח, טו) שכל דברי ר' אלעזר שתקנו משיכה בשומרים נאמרו לענייין שלא יוכלו לחזור בהם, אבל לענין החיוב באחריות, אין צורך במשיכה וכבר בשעת שאלה התחייב השואל באונס, וכן שומר חינם בפשיעה.
**התוס' והרא"ש הוכיחו כן גם מדברי הגמרא בב"מ פא:** שם עולה שדי באמירת השומר 'הנח לפני' בכדי להתחייב בפשיעה, על אף שלא משך את הפקדון (עיין לעיל בסעיף ב).
**הרא"ש הוסיף וכתב** שיש סברא גדולה לחלק בין החיוב באחריות שנעשה אף ללא משיכה, לבין חוסר היכולת לחזור שמתבצע רק לאחר המשיכה. שלענין החיוב באחריות די בכך שהמפקיד יסתלק מלשמור על הבהמה בכדי לחייב את המפקיד לשמור עליה, מה שאין כן לענייין היכולת לחזור, שבזה צריך לקנותה כדרכי קניין רגילים וכל שלא קנה, נותרה הבהמה ברשות בעליה[173].
**אמנם רש"י בב"ק** (עט. ד"ה 'תיקנו משיכה') **ביאר** שהספק בגמרא אם תקנו משיכה בשומרים, הוא, האם תקנו שלא יתחייב שומר בשמירה עד שימשוך.
**ויוצא לפי רש"י** שלהלכה לא יתחייב השומר עד שימשוך[174].
**אף הרשב"א** (ב"ק עט.) הבין שהדיון אם תקנו משיכה בשומרים הוא לעניין ההתחייבות.
**והטור כתב שאף הרמב"ם סובר** שאינו חייב באחריות עד שימשוך.
**והנה מדברי הרמב"ם בהלכותיו** (שכירות ב, ח) **אין הכרח לזה** שסתם כלשון הגמרא כשם שתקנו חכמים משיכה בלקוחות כך תקנו משיכה בשומרין, ועוד שבהמשך דבריו כתב ששומר חינם שאמר 'הנח לפני' התחייב ולא ביאר שמשך (עיין שלטי גיבורים ב"מ נ: ובאוצרות הראיה (כמדומה לי חלק ב)).
**אך מפירוש המשנה לרמב"ם** (ב"ק ז, ו) **עולה כן במפורש וזה לשונו**:

> שארבעה שומרין אינם קונים אותו דבר לענין חיוב שמירתו ונטירתו ויתחייב כל אחד מהם הדינים המיוחדים לו... אלא אחר שיתקיים להם באותן המטלטלין דרך מן הדרכים שהמטלטלין נקנין בהם במקח וממכר ... והוא אמרם תקנו משיכה בשומרין כדרך שתקנו משיכה בלקוחות. וזכור כלל זה כי תועלתו גדולה בדינים'.

(ובעניין היחס בין דין זה לדין של 'הנח לפני' עיין לעיל בסעיף ב בעמוד 154 בהערה 168)
**השו"ע בסימן שלנו הביא את ב ' הדיעות**, הן את דעת תוס' והרא"ש שמתחייב השומר אף ללא משיכה מהרגע שהסתלק המפקיד (בלשון 'יש מי שאומר') והן את דעת רש"י ו'דעימיה' שאינו מתחייב עד שימשוך (בלשון 'יש מי שאומר'- בתרא).
**אף בסימן שז סעיף ב הביא השו"ע** את ב' הדיעות, אלא שכתב בסתם כדעת רש"י ו'דעימיה' שאינו מתחייב ללא משיכה.
**ובסימן שג סעיף א סתם השו"ע** כדעת רש"י ו'דעימיה' בלבד, שאינו מתחייב באחריות ללא משיכה.
**והש"ך בסימן שלנו** (ס"ק יג) **כתב** שכן עיקר בש"ס כדעת רש"י 'ודעימיה' שלא מתחייב באחריות ללא משיכה.

## [כיצד מתחייב השומר לללא משיכה לדעת התוס' והרא"ש, וכיצד מועיל משיכה לשיטות החולקות?

**המחנה אפרים** (שומרים סימן ז) **התקשה בדעת תוספות והרא"ש** כיצד ניתן לחייב ללא מעשה קנין.
**ובתחילה העלה המחנה אפרים סברא** שמתחייב מדין ערב,
**אך דחה זאת** שהרי לדעת הרא"ש אין זה מועיל כשאומר זרוק מנה לים ואף לדעת הרמב"ן שחולק , זה מועיל רק כשאמר במפורש 'ואתחייב אני לך'.
**עוד כתב המחנה אפרים** שאין לומר שהחיוב הוא מכוח 'דינא דגרמי' שהזיקו במה שאמר שישמור ולא שמר וכדינו של המראה דינר לשולחני וסמך עליו, שלפי זה החיוב היה רק במציאות שידוע במפורש שפשע, אך לא יכולנו להשביעו שבועת השומרים במידה וטען שלא נעשה, שהרי לא נעשה כלל שומר.
**הקצות בסימן שז ס"ק א ביאר** שהסיבה שלדעת הרא"ש מתחייב ללא שמירה, זאת משום שדינו כפועל שברגע שהתחיל במלאכתו הרי זה כקנין.

---

[173] יש לציין שדברי הרא"ש והתוס' בב"ק עט. סותרים לכאורה לדבריהם כאן, משום ששם כתבו תוס' (ב"ק עט.ד"ה תקנו משיכה) שאין לפרש שספק הגמרא האם תקנו משיכה בשומרים נאמר לעניין אחריות השומר שבזה פשוט שיתחייב משעת משיכה שאם לא כן מאימתי, וכל הספק הוא לעניין חזרה, ומשמע מדבריהם שמכול מקום לא ניתן להתחייב אף באחריות ללא משיכה, וכן כתב הרא"ש (ב"ק ז, יא) בפשטות: 'ומשעת משיכה נתחייבו כל אחד כדינו שומר חינם בפשיעה ושומר שכר בגניבה ושואל באונסין'.
ובדברי תוס' היה מקום לומר שאין בכוונתם לומר שצריך משיכה, אלא שאין צד לומר שאף משיכה לא תועיל, אך בדברי הרא"ש נראה שאין לומר כן, וכבר העיר על סתירה הזו בפלפולא חריפתא בב"ק, וראיתי שבדרישה (א) העיר ממש כדברינו שיותר כך ליישב את דברי תוס' מאת דברי הרא"ש ומכול מקום שצריך לדחוק שאף הרא"ש לא התכוון דווקא משעת משיכה.
ובספר ידי אליהו (הלכות שכירות פרק ב) כתב לתרץ שהרא"ש סברו שאכן ניתן להתחייב אף קודם משיכה משעה שנסתלק המפקיד, אך ניתן גם להתחייב במשיכה אף קודם שנסתלק המפקיד, וכן כתב באבן האזל (שאלה ופקדון פרק א הלכה ד) והאריך לבאר כיצד גם בפרשנות הגמ' אין סתירה בין דברי התוס והרא"ש בב' המקומות עי"ש, ונראה שלזה כיון השלטי גיבורים בב"מ נ: עיין בזה ודוק.
[174] אלא שיש לעיין במה שמשמע מלשון רש"י שקודם התקנה היה מתחייב אף ללא משיכה, ורק מדרבנן תקנו שלא יתחייב ואכמ"ל.

**עוד ביאר הקצות** שלדעת הסוברים שלא מתחייב השומר אלא במשיכה, הביאור הוא שבשעת המשיכה השומר מתחייב לשלם במידה ופשע, ומועיל קנין זה כשם שמועיל לגזלן שמתחייב בשעת משיכה, אף שבמעשה המשיכה לא קנו דבר (ורע"א בב"מ מח. ד"ה ובאמת אכן נתקשה כיצד מועיל קניין משיכה בושומר חינם שלא זכה כלום במשיכה זו)
**הקצות הביא שהנמוק"י** (ב"מ נז. ד"ה יכך תקנו) **כתב בשם הרמב"ן** (ובאמת כתב כן בשם הר"ן ב"מ צט.) שהמשיכה מועילה לשומר שכר כפועל שמתחיל מלאכתו (עי"ש שמשמע שדן לעניין שלא יוכל לחזור בו, ודוק).
**והתקשה הקצות** שא"כ היה לו לחייב אף ללא משיכה וכדעת הרא"ש ותוס'.
**וכתב הקצות שכנראה סבר הרמב"ן** שתחלת העבודה מתחילה מהשמיכה.
**המשיך הקצות לבאר** שהרמב"ן נצרך לזה שלשיטתו ששומר מתחייב משעת פשיעה ולכן לא ניתן לדמות קניינו לקניין גזילה שמתחייב משעה ראשונה, אך לדעת הרמב"ם שסבר שאף השומר מתחייב משעה ראשונה (עיין לעיל סעיף א) אין צורך לדברי הרמב"ן ויש לומר שהמשיכה מועילה על אף שלא קנה בגוף הדבר וכקנין משיכה בגזילה.
**יש להעיר שבנמוק"י שהזכיר הקצות וביתר פירוט בר"ן** מבואר שיש שסברו שאכן קניין משיכה מועיל להתחייב רק בשואל ושוכר שקנו בגוף הדבר, והר"ן הודה לעקרון זה, אלא שחלק רק על שומר שכר וסבר שדינו כפועל וכפי שבארנו.
עוד הביא הר"ן שנחלקו היש מפרשים והרא"ה האם רק המשאיל אינו יכול לחזור בו, או גם השואל, עי"ש ואכמ"ל.]

## לשיטות ששומר מתחייב ללא משיכה, האם גם שואל מתחייב באונסים ללא משיכה?

**התוספות** (ב"מ צט. ד"ה יכדי) כשהכריחו שלא ניתן לומר שספק הגמרא יאם תקנו משיכה בשומרים' נאמר לגבי החיוב באחריות, כתבו שהרי שומר חינם ושכר מתחייבים ללא שמירה, ושואל אפילו מדאורייתא אינו מתחייב אלא במשיכה, ואילו הגמרא דנה בתקנת חכמים, ועולה מדבריו ששואל אינו מתחייב באונסים ללא משיכה.
**אמנם הרא"ש** (ב"מ ח, טו) **הניח** בפשיטות שאף שואל מתחייב ללא אונס מרגע הסתלקות הבעלים.

## לשיטות שיש צורך במשיכה, מה הדין כשהקדים המפקיד שכר לשומר שכר

**כתב הנתיבות (יב)** שאף לשיטות הסוברות שיש צורך במשיכה בכדי להתחייב באחריות, אם הקדים המפקיד שכר לשומר שכר, התחייב השומר באחריות מדין יקנין מעות' שמועילות מדאורייתא לר' יוחנן שנפסק להלכה כמותו, וכאן לא שייך החשש של ינשרפו חיטך בעליה' עי"ש בדבריו.

## מדוע נצרך לימוד למעט שטרות ממשיכה לשיטת הרמב"ם והרי לא ניתן לקנותם במשיכה?

**כך הקשה הקצות (ה)** שהרי משיכה בשטרות לא מועיל ללא כתיבה שקונה כל שעבודו וזה לא שייך בשומר, **וכתב הקצות שהיה מקום לתרץ** שכשם שלענין הפקר כתב מהר"ם מלובלין (סימן כב ד"ה ימכול מקום) שאין צורך בכתיבה וביאר הקצות בסימן סו ס"ק ט שכשלא השאיר המוכר זכות לעצמו אין צורך בכתיבה, הוא הדין שלענין שמירה אין צורך בכתיבה, וסיים הקצות: יואכתי צ"ע.
**הנתיבות (יב) כתב לתרץ על פי מה שייסד בסימן סו ס"ק א** שמועילה משיכה בשטרות לעניין שיכול למכור השטר ללוה או למלוה, ולכן מועילה המשיכה אף לעניין שומרים ויש צורך במיעוט.
(והקשו חבריי שיש קושי בעצם הדיון של הקצות והנתיבות שהרי החיוב במשיכה הינו מדאורייתא, והמיעוט של שטרות משמירה הינו מדרבנן, וצ"ע)

לשון השו"ע:

**ויש מי שאומר שהשומר הזה מיד כשקבל עליו לשמור, או שאמר: הנח לפני, ונסתלקו הבעלים משמירה, חייב עליו אם פשע, אף על פי שלא משך. ויש מי שאומר שאינו חייב עד שימשוך, ובמקום שמשיכה קונה:**

## סעיף ו

### תחילתו בפשיעה וסופו באונס

לשון הגמרא בב"ק מב.

ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה, אותבינהו בצריפא דאורבני, איגנוב.

**אמר רב יוסף:** אף על גב דלענין גנבי נטירותא היא, לענין נורא - פשיעותא היא, הוה תחילתו בפשיעה וסופו באונס - חייב.

ואיכא דאמרי: אף על גב דלענין נורא פשיעותא היא, לענין גנבי נטירותא היא, ותחלתו בפשיעה וסופו באונס - פטור.

והילכתא: תחילתו בפשיעה וסופו באונס - חייב.

**הגמרא מביאה ב' לשונות** החולקות בשאלה אם יש לחייב אדם שפשע בשמירת שומשום שהופקד בידו משום שהניח במקום שהיה יכול להשרף שם, אך לבסוף השומשום נגנב ולא נשרף, ולעניין הגניבה לא הייתה פשיעה בכך שהניחו שם.
**והכריע הגמ'** שחייב משום שיש לחייב על יתחילתו בפשיעה וסופו באונס'.

**הש"ך (יד) כתב שהמהרש"ך** (חלק ג סימן קי) כתב שכל דברי הגמרא אמורים באונס השכיח ואינו שכיח, אבל אונס שאינו שכיח כלל, אין לחייב עליו אף כשהתחיל בפשיעה.
**השער משפט (ב) כתב שהעיטור** (אות פ- פקדון) כתב כן במפורש בכדי לתרץ את העולה מהמגמרא בב"ק נב. (בלישנא השניה) שיש לפטור את הסותם בכיסוי המתאים לשוורים בלבד ונפל שם שור מחמת שהתליע הכיסוי, וזאת גם במידה ומצויים שם גמלים לפרקים ופשע לגביהם שלא כיסה, היות ולעניין השור לא פשע, ולכאורה היה לנו לחייב משום שתחלתו בפשיעה וסופו באונס.
**ותירץ על כך העיטור** שהיות ואונס של התלעה אינו שכיח לא חייבוהו על כך.
**והעיר השער משפט שנראה שתוספות שתירצו אחרת מהעיטור חלקו עליו** וסברו שאין לחלק בין אונס שכיח לאונס שאינו שכיח. (תוספות [ב"ק נב: ד"ה ושכיחי] תרצו שיש לחלק בין אונס הבא מחמת הפשיעה לאונס שלא בא מחמת הפשיעה וכפי שיתבאר לקמן בסעיף ט, ועיין עוד בסיכומינו לסימן תי סעיפים כג-כד בעמוד 362).
לשון השו"ע:

**אם פשע בו ולא שמרו כראוי לענין אחד, אף על פי שלבסוף נאבד באונס בענין אחר, חשיב פושע וחייב לשלם.**
**מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו והניחם במחיצה של קנים, והיו טמונות בעובי המחיצה ונגנבו משם, ואמרו חכמים אף על פי שזו שמירה מעולה לענין גניבה, אינה שמירה כראוי לענין האש, ומאחר שלא טמנו בקרקע או בכותל בנין, פושע הוא, וכל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב; וכן כל כיוצא בזה.**

## סעיף ז

### שומר שלא זוכר היכן הניח את הפקדון

לשון הגמרא בב"מ מב.

**ההוא גברא** דאפקיד זוזי גבי חבריה.

**אמר ליה:** הב לי זוזאי!

**אמר ליה:** לא ידענא היכא אותבינהו.

**אתא לקמיה דרבא,** אמר ליה: כל לא ידענא - פשיעותא היא, זיל שלים.

**מבואר בגמ'** ששומר שלא יודע היכן הניח את מעות המפקיד, מוגדר כפושע ומחייב לשלם.
**וכתב המרדכי** (ב"מ סימן רסח) **בשם הסמ"ג** שהשומר לא יכול לומר למפקיד שימתין עד שימצא את המעות וצריך לשלם לו מיד.
**הנתיבות כתב לחדש** שהחיוב כאן אינו מכוח פשיעת שומר, אלא מטעם מזיק, ולכן יש לחייבו אף כש'בעליו עמו', וביאר הנתיבות שהסיבה שיש להחשיבו כמזיק, היא משום שהוא עשה מעשה, כשם שפשוט שיש לחייב את הלוקח מעות מבית חבירו וקבר בקרקע ואינו זוכר היכן הם.
**הנתיבות (יד) הביא ראיה לכך** שיש להחשיבו כפושע, שהרי שומר שטוען שאינו יודע אם החזיר חייב לשלם, ולכאורה פשיעתו אינה חמורה ממי ששכח היכן הטמין, ולא מצאנו שפטרוהו במידה ו'בעליו עמו', אלא פשוט שחיובו משום מזיק ולא משום שהוא שומר.
[**וכתב ר' דניאל ווסטברוק**: אבל לענ"ד גם ראיתו צריכה ראיה, ועיין מילואי משפט שהוכיח מדברי כמה ראשונים ואחרונים שלא סוברים כדעת הנתיבות].

### שומר שאינו יודע אם פשע או לא

**בהגהות הסמ"ע (יב) הביא את דברי תרומת הדשן** (סימן שלג) **שכתב** ששומר שאינו יודע אם החפץ שנגנב, נגנב לאחר פשיעתו או קודם פשיעתו-חייב לשלם. (שם דיבר תרומת הדשן במציאות שהחביא מעות תחת מיטתו רחוק מכל רואה, אלא שלאחר זמן הכניס אדם לחדרו לחפש בכל החדר וגם תחת המטה תרנגולת שאבדה לו, ומאז נעלם הכסף, והשומר לא ידע אם אותו אדם גנב, ויצא שפשע, או שהמעות נגנבו קודם לכן ולא פשע).
**התרומת הדשן הוכיח כן מדברי הרא"ש** (ב"מ ח, ד) **שכתב** ששואל שלקח בהמה ומתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות ואינו יודע אם מתה מחמת מלאכה או מחמת פשיעה, חייב לשלם משום שמחוייב להשבע שלא פשע בה והוא לא יכול, והוא הדין במקרה שלנו.
**וכתב הגהות הסמ"ע שאין להקשות על דין זה מדברי הרשב"א בתשובה** (סימן אלף קלד) שנפסקו ברמ"א בסימן שצח סעיף ב שאם המפקיד טוען שנפקד לו מהפקדון, והנפקד אומר שאינו יודע פטור, משום ששם הנפקד לא יודע שהחפץ כלל נגנב.
**הש"ך (טו) הביא שהמהר"י בן לב** (א, קא) **הוסיף** שאדם ששינה ונהג שלא כמנהג הסוחרים וטוען שהבין מלשון השטר של המפקיד שהרשות בידו לנהוג כן, והמפקיד טוען שלא לזה כיוון, השומר חייב משום ששינה מהדרך ועליו חובת הראיה שהיה מותר לו לנהוג כן, ודימה זאת לטוען 'איני יודע אם פרעתיך, עי"ש. [ובגליון מהרש"א לר' שלמה איגר העלה צד לפוטרו משום שלבו אנסו שסבר שמותר לו לנהוג כך, אך כתב ששומר שכר אינו נפטר מ'אונס השומר' אך כתב שמכול מקום יש לפטור שומר חינם שלכל הפחות אין זה פשיעה, עי"ש ועיין עוד בזה לקמן בעמוד 183 תחת הכותרת 'האם שומר שכר יכול להפטר במקרה זה'].
**הפת"ש (ד) ציין לתשובת זכרון יוסף** (סימן א אותיות יב-יג) שעסק במקרה דומה למקרה של התרומת הדשן ופסק שאין לחייבו שלא שייך דין 'משואיל"מ' כשלא היה לו לדעת, ושם לא התייחס לדברי תרומת הדשן (אך לא עיינתי לעומק בתשובה)

לשון השו"ע:

**המפקיד אצל חבירו בין כלים בין מעות, ואמר: תן לי פקדוני, ואמר לו השומר: איני יודע אנה הנחתי פקדון זה, או באיזה מקום קברתי הכספים המתן לי עד שאבקש ואמצא ואחזיר לך, הרי זה פושע וחייב לשלם מיד** (מהר"ם פ' המפקיד):

## סעיף ח

### יכל השומר להציל מיד הגנבים ולא עשה כן

לשון הגמרא בב"מ צג:

שומר חנם שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קידם - חייב. שומר חנם - בחנם, שומר שכר - בשכר. ועד כמה? עד כדי דמיהן.

**מבואר בגמרא** ששומר שיכל להציל מהגנבים על ידי רועים ומקלות ולא עשה כן חייב, אך יש חילוק בין שומר שכר לשומר חינם, ששומר שכר צריך להוציא כסף לשם כך עד כדי דמיהן ושומר חינם לא צריך.

**עוד מבואר מהמשך הגמרא** שאם יכל להציל ע"י צעקות וקריאה לאנשים ולא עשה כן חייב. (גמרא זו תתבאר ביתר פירוט בסעיף יב בע"ה)

על פי זה פסק השו"ע:

**באו עליו גנבים וגנבו הפקדון, ואלו צוח היו באים בני אדם להציל, חייב, דכיון שלא צוח פשע. ואפילו אם באו אנסים, צריך לצעוק ולבקש אנשים שיעזרוהו לעמוד כנגדם. ואם היה אפשר לו לעשות כן ולא עשה, חייב. ודווקא בחנם, אבל אם לא היה מוצא מי שיבא לעזרו אלא בשכר, פטור:**

## סעיף ט

### תחלתו בפשיעה וסופו באונס שהיה קורה אף ללא הפשיעה

לשון הגמרא בב"מ לו:

**אתמר**, פשע בה ויצאת לאגם, ומתה כדרכה:

**אביי משמיה דרבה אמר** חייב.

**רבא משמיה דרבה אמר**: פטור.

**אביי משמיה דרבה אמר**: חייב, כל דיינא דלא דאין כי האי דינא לאו דיינא הוא. לא מבעיא למאן דאמר תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב - דחייב. אלא אפילו למאן דאמר פטור - הכא חייב. מאי טעמא - דאמרינן: הבלא דאגמא קטלה.

**רבא משמיה דרבה אמר**: פטור, כל דיינא דלא דאין כי האי דינא לאו דיינא הוא. לא מיבעיא למאן דאמר: תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור - דפטור. אלא אפילו למאן דאמר חייב - הכא פטור. מאי טעמא - דאמרינן: מלאך המות, מה לי הכא ומה לי התם? **ומודי אביי** דאי הדרא לבי מרה ומתה דפטור. מאי טעמא - דהא הדרא לה, וליכא למימר הבלא דאגמא קטלה.

**ומודי רבא** כל היכא דאיגנבה גנב באגם ומתה כדרכה בי גנב דחייב. מאי טעמא, דאי שבקה מלאך המות - בביתיה דגנבא הוה קיימא.

**נחלקו אביי ורבה** האם שומר שפשע בשמירת בהמה ויצאה לאגם, ומתה שם חייב:

**דעת אביי** שחייב משום שהאוויר של האגם הרגו, ולכן אף מי שסובר שיש לפטור על 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס' יחייב כאן [לקמן בסעיף יב נבאר בע"ה כי נחלקו הראשונים האם לדעת אביי הסיבה היחידה לחייב במציאות שהאונס אינו קשור לפשיעה, הוא משום שניתן לומר שההבל גרם, או שסברא זו נאמרה רק בשיטה הסוברת שיש לפטור ב'תחלתו בפשיעה וסופו באונס', אך לשיטה המחייבת בזה לדעת אביי כל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב, אף שהאונס היה קורה גם ללא הפשיעה, ולשיטה זו נחלקו אביי ורבא ב2 מחלוקות].

**אמנם מודה אביי** שאם חזרה לבית אדוניה ומתה שם פטור, ולא שייך לומר שהבל האגם הרגה.

**ואילו רבא סבר** שיש לפטור במקרה זה אפילו לשיטה הסוברת שיש לחייב על 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס', וזאת משום שבמקרה זה אין משמעות לכך שיצאה לאגם, ומלאך המוות היה הורגה בכל מקום שהייתה נמצאת (וביאר רש"י שלמרות שגם במקרה שהניח במקום שיכל לשרף ולבסוף נגנב, השומר נאנס לבסוף, מכול מקום אם לא היה מניח שם בפשיעה את המעות, לא היו הגנבים גונבים, מה שאין כן במקרה כאן שהפרה הייתה מתה, אף במידה והייתה נשארת במקומה).

**ומכול מקום מודה רבא** שאם נגנבה ומתה בבית הגנב, חייב משום שאף אם לא הייתה מתה, היא הייתה נשארת בבית הגנב (וכתב רש"י: 'משעת גניבה היא אבודה מן הבעלים, דאי נמי שבקה מלאך המות - בי גנב הוה קיימא, הלכך החיוב בא לו על שעת הגניבה').

**הרי"ף** (ב"מ כ.) **והרא"ש** (ב"מ ג, ו) **והרמב"ם** (שכירות ג, י) **פסקו כרבא** ע"פ הכלל שבמחלוקת אביי ורבא הלכה כרבא.

**וזאת בניגוד לשיטת הר"ח** שפסק כאביי, ונימק זאת בכך שנפסק שיש לחייב על תחלתו בפשיעה וסופו באונס (ונראה שהר"ח לא גרס כגרסתנו שרבא אמר כן אף לשיטה המחייבת בתחלתו בפשיעה וסופו באונס).

לשון השו"ע:

**פשע השומר ולא שמר הבהמה כראוי, ויצאה לאגם ומתה שם כדרכה, פטור, אעפ"י שתחלתו בפשיעה לענין זאבים וגנבים ואם טרפה זאב או נגנבה משם היה חייב, עכשיו שמתה כדרכה פטור, שלא גרמה לה יציאתה.**

**אבל אם גנבה גנב מהאגם ומתה כדרכה בבית הגנב, הרי השומר חייב אף על פי שהוא שומר חנם, שאפילו לא מתה הרי היא אבודה ביד הגנב, ויציאתה גרמה לה להיגנב; וכן כל כיוצא בזה.**

## סעיפים י- יא

### מתי יש לחייב שומר על בהמה שנפלה מראש הר

**המשנה בב"מ** (צג:) **קובעת:**

עלתה לראשי צוקין ונפלה - הרי זה אונס.

העלה לראשי צוקין ונפלה ומתה - אינו אונס.

**מבואר במשנה** ששומר אינו מחוייב על נזק בהמה שנפלה מראש צוק במידה ועלתה לבדה לשם, אך אם הוא העלה אותה לשם ונפלה- חייב.

**הגמרא בבבא מציעא** (לו:) דנה במחלוקת אביי ורבא שהובאה בסעיף הקודם, האם יש לחייב שומר שפשע ונתן לבהמה ללכת לאגם ויכלה להגנב ולבסוף מתה כדרכה, שלדעת אביי יש לחייב אף לשיטות שפטור ב'תחלתו בפשיעה וסופו באונס' וזאת משום שיתכן שהבל האגם הרג אותה, ולדעת רבא יש לפטור את השומר אף לדעה הסוברת שיש לחייב על 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס', משום שבמקרה זה הפשיעה אינה קשורה להיזק האונס כלל.

**הגמרא הקשתה על שיטת אביי** מהמשנה שם נאמר שאם העלה את הבהמה לראש הגג ונפלה ומתה- חייב, ומשמע שאם היא מתה שלא מחמת הנפילה אין לחייבו, ולכאורה לשיטת אביי היה לנו לחייב משום שיתכן שהבל ההר הרג אותה.

**ותירצה הגמרא** שמדובר כשלא הייתה פשיעה בכך שהעלה אותה לראש ההר, משום שזהו מקום מרעה שמן וטוב (וביאר רש"י שדרכם של הרועים להעלות שם בהמה לרעות).

**הגמרא הקשתה** שלפי זה יוצא שהשומר כלל לא פשע, וא"כ לא מובן מדוע יש לחייבו במידה ונפלה הבהמה.

**ותירצה הגמרא** שעל השומר היה מוטל להחזיק בה שלא תיפול. (וביאר רש"י שכך דרך הרועים).

**הגמרא הוסיפה והקשתה** שלפי זה היה לנו לחייב אף בהמה שעלתה לבדה ונפלה, משום שהיה לו להחזיק בה שלא תיפול.

**ותירצה הגמרא** שמדובר במציאות שהבהמה עלתה למרות שניסה למנוע בעדה, וכן נפלה למרות שניסה למנוע בעדה.

[**תוספות** (ב"מ לו: ד"ה 'אי הכי') **נתקשו בביאור הגמרא** שלפי מסקנת הגמרא יוצא שאין כלל הבדל בין מציאות שעלתה מאליה למציאות שהעלה השומר, ובשני המקרים במידה ולא מנע בעדה מלפול הוא חייב, וכשמנע בעדה ונפלה בכל זאת פטור.

**ותירצו תוספות** שאכן אין הבדל להלכה בין המקרים, והסיבה שהגמ' חילקה בינהם הוא רק בכדי לחלק בין מציאות שהשומר מנע בעדה, למציאות שלא מנע בעדה, ומובן מהמשנה שהמקרה הראשון עוסק במציאות שהיה בידו למנוע ממנה להעלות ולא עשה כן (ואדרבה הוא העלה אותה) וא"כ נלמד שאף כשנפלה זה היה כשהיה בידו למנוע ולא עשה כן, ואילו המקרה השני עוסק במקרה שהבהמה עלתה בעל כרחו, וא"כ נלמד שאף כשנפלה זה היה כשלא היה בידו למנעה.

**ומכול מקום הוקשה לתוספות** מדוע הוצרכה הגמ' להעמיד שמדובר במרעה שמן וטוב, והרי אף אם העלה אותה ללא סיבה, לא היה לנו להחשיבו כפושע משום שיכל למנוע מהבהמה מלפול.

**ותירצו תוספות** שבמקרה שלא היה לו להעלותה, יש להחשיבו כפושע בכל מצב, משום שלא היה לו לעלותה סתם ולהגיע לחשש שמא ישכח ולא ישמור עליה כראוי, ולכן לשיטת אביי אף אם מתה כדרכה חייב משום שפשע ויש לומר שהבל ההר הרג אותה)

**בסעיף הקודם כבר ציינו** שרוב הפוסקים הכריעו כדעת רבא, שבמציאות שהוציאה לאגם ויצאה כדרכה, הוא פטור.

**ונחלקו הראשונים** אם הדינים היוצאים מתירוצי הגמרא ביחס לרבה נכונים אף בדעת אביי:

**תוספות** (ב"מ לו: ד"ה 'אי הכי') **סברו** שפשוט שאף רבא מודה שמה שאמרה המשנה שאם עלתה הבהמה מאליה, ונפלה, הוא פטור, זה רק במקרה שלא היה בידו למנוע בעדה, וכשהיה בידה למנוע בעדה מלעלות או מלפול, הוא חייב, אלא שבניגוד לאביי סבר רבא שכשהעלה לראש הגג סברה המשנה שיש לחייבו אף כשלא היה בידו למנוע אח"כ נכך שתפול , משום שלא היה לה להעלותה לשם, ולכן הגמ' הקשתה דווקא לדעת אביי שסבר שמדובר במקום מרעה שמן וטוב

שהיה לו להעלותה, ונאלץ לומר שהיה בידו למנוע שלא תפול, ולכן הקשתה הגמ' שהיות והיה בידו למנעה שלא תפול, מן הסתם גם במקרה שעלתה לבדה, היה בידו למנוע שלא תפול, וא"כ מדוע פטרתו המשנה, ותירצה הגמ' שבמקרה שעלתה לבדה, לא היה בידו למנעה שלא תפול, כשם שכשעלתה לא היה בידו למנוע ממנה לעלות.

**וא"כ מדברי תוספות יוצא** שאף לדעת רבא, יש לחייב שומר כשעלתה הבהמה בעצמה ונפלה, במציאות שיכל למנוע ממנה מלפול.

**אף הרי"ף** (ב"מ נד.) **והרמב"ם** (שכירות ג, ט) **פסקו** שכל הפטור כשעלתה מאליה הוא כשכפתה ועלתה כפתה וירדה.

**אמנם הראב"ד** (הובא בחידושי הרמב"ן ב"מ צג: וכן בראא"ש ב"מ ז, טז) **השיג על הרי"ף וכתב** שמבואר בגמרא שכל ההעמדה זו נצרכה לדעת אביי, ומשמע שלדעת רבא פשוט שכל שעלתה מאליה, אין לחייב את השומר, אף כשלא מנע ממנה מלעלות ומלפול.

**הרמב"ן** (ב"מ צג. ד"ה והא דתנן וכן הובא בראא"ש הנ"ל) **הסכים עקרונית עם הראב"ד** שעולה ממהלך הגמ' שלדעת רבא יש לפוטרו אף כשלא מנע ממנה מלעלות ומלפול (ושלא כפירוש תוס') אלא שתירץ הרמב"ן שכל מהלך הגמרא שם נסוב בדעת רבה (כמבואר בסעיף הקודם), **ומבואר בב"מ צג.** (ולקמן בסעיף יב) **שסבר** רבה ששומר שכר אינו חייב על החלקתה של בהמה לאגם, משום שהוא נהג כמנהג השומרים, ולכן גם יש לפוטרו אם מנמנם כדרך שנהגו לנמנם או שהולך לעיר במציאות שכך הדרך, אך להלכה נפסק כדעת רב חסדא ורבה בר רב הונא שחולקים על רבה וסוברים ששומר שכר מקבל שכר בשביל לשמור מעבר לדרך הרגילה, ועל כן פסק הרי"ף שצריך לשמור שלא תעלה ושלא תפול.

**ומכול מקום כתב הרמב"ן שיוצא חידוש מדבריו**, והוא, שכל דברי הרי"ף נכונים רק לשומר שכר, אבל שומר חינם פטור אף כשלא מנע ממנה מלעלות ומלפול.

**המגיד משנה ביאר כדברי הרמב"ן אף בדעת הרמב"ם** וכתב שכל הצורך שישמור שלא תעלה, הוא רק בשומר שכר.

**א"כ יוצא לנו ג' שיטות להלכה:**

א. **שיטת תוספות**- לעולם צריך לשמור שלא תעלה ושלא תפול, בין אם הוא שומר חינם ובין אם הוא שומר שכר.

ב. **לדעת הראב"ד**- לעולם אין לחייבו, ולא נדרש ממנו לדאוג שלא תעלה.

ג. **לדעת הרמב"ן בביאור הרי"ף והמ"מ בביאור הרמב"ם**- משומר שכר נדרש שישמור שלא תעלה ושלא תפול, ומשומר חינם אין זה נדרש.

**השו"ע סתם וכתב** שכשעלתה מאליה פטור, ולא הצריך שהשומר ינסה למנוע מהבהמה שלא תעלה ושלא תפול, ונראה שזאת משום שהשו"ע עוסק בשומר חינם וכדעת הרמב"ן שבשומר חינם יש לפוטרו אף כשלא מנע מהבהמה לעלות.

**ואכן בסימן שג סעיף יד פסק השו"ע** בענין שומר שכר שאם עלתה מאליה ומתה יש לפוטרה רק במידה ותקפה גם בעליה וגם ברגע הנפילה.

לשון השו"ע:

**<u>סעיף י:</u>**

**העלה הבהמה לראש ההר ונפלה ומתה, הרי זו פשיעה. מתה שם כדרכה, פטור:**

**<u>סעיף יא:</u>**

**עלתה מאליה, אפילו לא עלתה בעל כרחו, אין זו פשיעה, אלא דומה לגניבה, ופטור שומר חנם:**

## סעיף יב

**האם מצופה משומר שכר לשמור מעבר לדרך השומרים? ודין היוצא לעיר ובאה חיה רעה וטרפה את הצאן בשומר חינם ובשומר שכר**

לשון הגמרא בב"מ צג.-:

**ההוא רעיא** דהוה קא רעי חיותא אגודא דנהר פפא, שריג חדא מינייהו ונפלת למיא.

**אתא לקמיה דרבה ופטריה.** אמר: מאי הוה ליה למיעבד? הא נטר כדנטרי אינשי.

**אמר ליה אביי:** אלא מעתה, על למתא בעידנא דעיילי אינשי - הכי נמי דפטור?

**אמר ליה:** אין.

\גנא פורתא בעידנא דגנו אינשי - הכי נמי דפטור?

**אמר ליה:** אין.

**איתיביה:** אלו הם אונסין ששומר שכר פטור עליהן - כגון "ותפל שבא ותקחם ואת הנערים הכו לפי חרב".

אמר ליה: התם בחזני מתא.

**איתיביה:** עד מתי שומר שכר חייב לשמור - עד כדי "הייתי ביום אכלני חרב וקרח בלילה".

**אמר ליה:** התם נמי בחזני מתא.

**אמר ליה:** אטו יעקב אבינו חזן מתא הוה?

דאמר ליה ללבן: נטרי לך נטירותא יתירתא כחזני מתא.

**איתיביה:** רועה שהיה רועה והניח עדרו ובא לעיר, בא זאב וטרף, ובא ארי ודרס - אין אומדים אילו היה שם היה מציל, אלא אומדין אותו: אם יכול להציל - חייב, אם לאו - פטור.

מאי לאו דעל בעידנא דעיילי אינשי?

לא, דעל בעידנא דלא עיילי אינשי.

**אי הכי**, אמאי פטור? תחילתו בפשיעה וסופו באונס - חייב!

דשמע קל אריה ועל.

**אי הכי**, אומדין אותו? מאי הוה ליה למעבד?

היה לו לקדם ברועים ובמקלות.

אי הכי, מאי איריא שומר שכר? אפילו שומר חנם נמי, דהא מר הוא דאמר: שומר חנם שהיה לו לקדם ברועים ובמקלות ולא קידם - חייב.

שומר חנם - בחנם, שומר שכר - בשכר...

**רב חסדא ורבה בר רב הונא לא סבירא להו הא דרבה**, דאמרי: להכי יהבי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא.

בר אדא סבולאה הוי קא מעבר חיותא אגמלא דנרש, דחפה חדא לחברתה ושדיתה במיא.

אתא לקמיה דרב פפא, חייביה.

אמר ליה: מאי הוה לי למעבד?

אמר ליה: אבעי לך לעבורי חדא חדא.

אמר ליה: ידעת ביה בבר אחתיך דמצי למעבר חדא חדא?

אמר ליה: כבר צווחו קמאי דקמך, ולא איכא דאשגח בהו.

**מבואר בגמרא שסבר רבה** ששומר שכר אינו חייב על החלקתה של בהמה לאגם, משום שהוא נהג כמנהג השומרים.

**אביי שאל את רבה** האם לפי זה יש לפטור גם את הישן מעט במקום שכך נהגו, או את ההולך לעיר בזמן שנהגו הרועים ללכת לעיר?

**והשיב לו רבה** שאכן אף במציאויות אלו יש לפטור את השומר.

**הגמרא הביאה קושיות על רבה מברייתות** מהם עולה לכאורה שהאונס היחיד הפוטר את השומר שכר הוא במציאויות שלא היה בידו למנוע את ההיזק כגון שחבורת שודדים פושטת על הבהמות (כסיפור המתאר באיוב א, טו), וכן שחייב השומר לשמור בקור ובחום (כפי ששמר יעקב אבינו על צאן לבן בראשית לא, מ) ואינו רשאי ללכת לעיר כמנהג השומרים.

**ותרצה הגמרא** שהברייתות האלו אינם עוסקות בשומרי צאן רגילים, אלא בשומרי העיר.

**הגמרא ממשיכה בדיון זה ומביאה ברייתא** העוסקת במפורש ברועה אשר עזב את צאנו והלך לעיר ובאה חיה רעה וטרפה את הצאן, ופסקה הברייתא שיש לאמוד אם היה בידו להציל את הצאן במידה והיה שם, ואם היה בידו חייב, ואם לא היה בידו אינו חייב, (ואין להסיק בפשטות שתמיד היה בידו).

**הגמרא רצתה להוכיח** שמדובר במציאות שעלה הרועה לעיר בזמן שנהגו לעלות לעיר, ואעפ"כ חייבתו הברייתא במידה ואם היה שם היה יכול להציל, ושלא כדעת רבה, והוכחתה היא מכך שאם מדובר במציאות שעלה שלא בזמן שנהגו לעלות לעיר, היה לנו לחייבו אף אם לא היה יכול להציל גם במידה והיה שם, משום ש'תחלתו בפשיעה' בכך שעלה שלא כדין, ואף ש'סופו באונס' שגם אם היה שם, לא היה יכול להציל, מכול מקום הדין הוא שיש לחייב על 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס'.

**הגמרא דחתה הוכחה זו** וביארה שניתן לפרש שהברייתא עוסקת במקרה שעלה לעיר שלא בזמן שנהגו, ומכול מקום לא הייתה פשיעה בעלייתו לעיר משום ששמע את קול האריה וברח, ועל זה אמרה הברייתא שיש לאמוד אם היה יכול למנוע את ההיזק במידה והיה נשאר (כגון שהיה מקדם את האריה ברועים ובמקלות ואף בכסף היה חייב כדין שומר שכר) שבזה חייב, ואם לא היה בידו, הוא פטור שלא פשע כלל.

**הגמרא ממשיכה ומביאה שרב חסדא ורב בר רב הונא חלקו על רבה** וסברו שעל השומר שכר מוטל לשמור מעבר לנוהג הרגיל, ולשם כך הוא קיבל את שכרו.

**הגמרא ממשיכה ומביאה סיפור** על כך שחייב רב פפא את הסבל שהעביר בהמות חבירו על גשר נהר ודחפה בהמה אחת את חברתה למים, והסיבה שחייב רב פפא היא משום שהיה מוטל עליו להעבירם אחת אחרי חברתה בכדי שלא תוכל האחת לדחוף את חברתה, על אף שדרך האנשים שלא לטרוח עד כדי כך בהעברת הבהמות, מכול מקום שומר שכר מחוייב בכך.

**להלכה הכריעו הפוסקים כדעת רב חסדא ורבה בר רב הונא**, שמוטל על שומר שכר לשמור מעבר לדרך הרגילה של הרועים.

**מכול מקום מתוך דיון הגמרא עולה כדבר פשוט** שבמידה והרועה הלך לעיר שלא בזמן שדרך הרועים ללכת וניזוקה הבהמה ע"י חיה רעה, יש לחייב את השומר, על אף שלא היה בידו למנוע מהחיה לטרוף את הצאן גם במידה והיה שם, וזאת משום שסוף כל סוף 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס'.

**אך הרי"ף כתב** (ב"מ כ.) **שהעולה מדיון זה אינו נכון להלכה**, משום שכל הדיון נעשה לפי שיטת אביי שסבר שיש לחייב רועה שפשע בהוצאת בהמה לאגם אע"פ שמתה כדרכה, אך להלכה נפסק כרבא שכאשר ההיזק היה קורה גם ללא הפשיעה, אין לחייב אף במקרה ש'תחלתו בפשיעה' (כמבואר לעיל בסעיף ט), ולכן גם בנדון דידן, אין קשר בין הפשיעה בכך שהלך לעיר לנזק בפועל, שהרי גם אם היה הרועה נשאר, הוא לא היה יכול למנוע מהאריה מלטרוף את הצאן, ולכן להלכה יש לפטור במקרה זה[175].

**הרמב"ם** (שכירות ג, ח) **סתם אף הוא וכתב** שבמציאות שהלך השומר לעיר, הדבר תלוי בשאלה אם יכל להציל במידה והיה נשאר עם הצאן, או שלא יכל להציל, ולא התנה את הפטור במידה ולא יכל להציל בכך שהלך לעיר בזמן שדרך הרועים ללכת (המ"מ גם לא הזכיר כאן שדין זה נכון רק לשומר שכר, אך המ"מ כתב שכך יש לפרש וכפי שעולה מן הגמרא שרק משומר שכר נדרש לשמור מעבר לדרך השומרים).

**אמנם הנמוק"י** (ב"מ כ. ד"ה 'מה לי הכא') **הביא שהראב"ד סבר** שיש להחשיב את פשיעתו ביציאתו לעיר כגורם לאונס אף במידה ולא היה יכול למנוע אף אם היה שם, משום שהיה לו להכניס את הצאן לעיר יחד אתו במצב זה.

**הרא"ש** (ב"מ ג, ז) **כתב בתחלה כדעת הרי"ף** שנראה שכל העמדות הגמרא אינם להלכה, ולמעשה כל שלא יכל להציל אף אם היה שם פטור, משום שאף אם פשע אין האונס שייך לפשיעה וכדברי הרי"ף.

**אך הוסיף הרא"ש והציע** שיש לקבל אוקימתות אלו להלכה, ולפטור רק במדה והלך בזמן שדרך הרועים ללכת, ואף שבלאו הכי לא יכל להציל, יש לחייבו, משום שעדיין ניתן למצוא קשר בין הפשיעה לאונס שיתכן שאם היה הרועה נשאר שם היה מצליח להביס את הארי ולקיים בעצמו הפסוק: "גם את הארי ואת הדוב הכה עבדך" (שמואל א יז), וכן יתכן שאף מפני אדם חלש היה האריה בורח כמאמר הפסוק: "ומוראכם וחתכם יהיה על כל חית הארץ" (בראשית ט).

**תוספות** (ב"מ עח. ד"ה 'הוחמה בהר') **הציעו ביאור נוסף** מדוע יש לשייך את האונס לפשיעה, והוא שיתכן שאם הרועה היה נשאר, הוא היה מוליכם למקום אחר קודם הגעת האריה, כי כך דרך הרועים לרעות חצי היום בשדה זו וחצי היום בשדה אחרת (ולאחר מכן כתב כדברי הרא"ש שיכל להציל).

**הטור הביא את דעת הראב"ד** שיש לפטור את הרועה כשהלך לעיר, רק במדה והלך בזמן שדרך הרועים ללכת, אך נימק זאת מהטעם שכתב הרא"ש שיתכן שהיה יכול להציל (והעיר על זה רע"א בגליון).

**והכריע הטור שהלכה כדעת הראב"ד.**

**הב"י השיג על הכרעת הטור וכתב** שהעיקר כדעת הרי"ף והרמב"ם כיוון ששניהם מסכימים לדיעה אחת, ואף הרא"ש לא חלק עליהם, **וכן פסק השו"ע**.

**הש"ך (יח) העיר** שמלבד שהראב"ד חולק על הרי"ף והרא"ש אף התוספות בב"מ עח. חולקים וכפי שהבאנו לעיל והביא שהב"ח והפלפולא חריפתא הכריעו להלכה שיש לחייב את השומר שהלך שלא בזמן שדרך הרועים ללכת, והביא שאף הרמ"א בסימן שג סעיף י הביא את דעת הראב"ד,

---

[175] יש להעיר שבדברי הרי"ף טמונה הנחת יסוד שאביי סבר שיש לחייב על 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס' גם כשללא הפשיעה עדיין היה נעשה האונס, וזאת על אף שאין זה מפורש בדברי אביי משום שאביי אמר שאף לשיטה הסוברת שיש לפטור במציאות של 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס, מכול מקום יש לחייב את המוציא בהמה לאגם ומתה כדרכה משום שיתכן שהבל האגם גרם, ונראה שהבין הרי"ף שאביי אמר סברא זו רק לשיטה הפוטרת ב'תחלתו בפשיעה וסופו באונס', אבל השיטה המחייבת בזה, יש לחייב אף כשאין לתלות שיש קשר בין הפשיעה לאונס, וכך כתבו תוספות בב"מ עח. במפורש בדעת הרי"ף וזה לשונם: "רב אלפס פירש התם דאביי לטעמיה דאמר בפרק המפקיד (לעיל דף לו: ושם) לא מיבעיא כו' אלא אפילו למ"ד פטור הכא חייב דהבלא דאגמא קטלה משמע דלמ"ד חייב א"ש בלאו האי טעמא אף על פי שהאונס היה נארע בכל ענין" ושם כתבו תוספות שיש לדחות דבריו ע"ש.

ובהערה כתב שכן נראה לו לפסוק משום שהמוציא מחבירו עליו הראיה (ולכאורה הדבר צריך בירור משום שהפסיקה כראב"ד תוציא ממון מהשומר ותחייבו לשלם אף במקרה אונס, ושמא סבר הש"ך שמהרגע שפשע עליו מוטלת הראיה שהוא פטור וצ"ע)
**הש"ך תמה על הרמ"א** מדוע לא הביא כאן את דעת החולקים וכתב שיתכן שסבר שיש לחלק בזה בין שומר חינם לשומר שכר, אך כתב הש"ך שחילוק זה אינו נראה

## שומר שכר שפשע בכך שהלך לעיר בזמן שהדרך ללכת ונאנס אם חייב לשלם

**הבאנו לעיל שנחלקו אביי ורבא** האם מוטל על שומר שכר לשמור מעבר למקובל ושלא לעלות לעיר אף בזמן שדרך הרועים לעלות, והבאנו שהגמרא רצתה להוכיח כאביי שמוטל עליו שמירה זו, מדברי הברייתא שקבעה שרועה שעזב צאנו והלך לעיר ובאה חיה רעה וטרפה את הצאן, אם היה בידו להציל במידה שהיה שם- חייב, ואם לא היה בידו- פטור, ורצתה הגמרא להכריח שמדובר שעלה כדרך הרועים שאם לא כן היה לנו לחייב בכל מצב משום שתחלתו בפשיעה.
**ולכאורה דברי הגמרא קשים אף לפי שיטת אביי**, שהרי אביי סבר ששומר שכר פשע אף כשעלה כדרך הרועים, וא"כ אף לשיטתו לא מובן מדוע פטרוהו במידה ולא יכל להציל אף אם היה שם.
**תוספות** (ב"מ צג: ד"ה יאי הכי) **למדו מכאן** שיש לחלק בין פשיעה גמורה שאף שומר חינם מתחייב עליה, לבין פשיעה של שומר שכר שלא שמר כפי שמצופה ממנו, ופשיעה זו אינה מוגדרת כ'פשיעה' לעניין תחלתו בפשיעה וסופו באונס, אלא כ'גניבה ואבידה', **וכן כתב הרמב"ן** (ב"מ צג. ד"ה יאי הכי)
**הנתיבות** (בסימן שג ס"ק יא באריכות ורמז לזה כאן ס"ק טו) **סייג יסוד זה וכתב** שאין הכוונה שפשיעה ביחס לשומר שכר אינה מוגדרת כלל כפשיעה לענין תחלתו בפשיעה וסופו באונס, וכלל זה נאמר רק במציאות שאין קשר ישיר בין האונס לפשיעה, ורק בצד רחוק ניתן לתלות קשר בינהם כפי שה עלו הראשונים לעיל (שיתכן שיכל לגבור על האריה או להפחידו או שהיה לוקח את הבהמה למקום אחר וכדו') אבל במציאות שיש קשר ישיר בין האונס לפשיעה, יש לחייב אף במציאות שהפשיעה היא רק אצל שומר שכר.
**הנתיבות הוכיח כן** מכך שהשו"ע פסק בסימן שג סעיף יד, שיש לחייב שומר שכר במידה ועלתה הבהמה בעצמה לראש ההר ונפלה למרות שניסה השומר לתוקפה שלא תפול, וזאת משום שעלייתה הייתה בפשיעה, והרי השו"ע בסעיף ט פסק שלענין שומר חינם עלייתה לבד אינה מוגדרת כפשיעה, אלא על כרחך שבמידה והפשיעה היא שהובילה לאונס, יש לחייב על תחלתו בפשיעה, אף שפשיעה זו היא רק בשמירתו כשומר שכר, ואינה פשיעה ביחס לשומר חנם.
**אמנם ר' שלמה איגר** (גליון מהרש"א סעיף ט) **מכוח קושיות הנתיבות** (ללא התייחסות אליו) **סבר** שהרי"ף והרמב"ן חולקים על תוספות וסוברים שכל פשיעה מוגדרת כ'תחלתו בפשיעה וסופו באונס', וביאר שרק לדעת אביי ניתן לומר שפשיעה בדבר שרק שומר שכר מחוייב בה אינה מוגדרת כפשיעה, משום שהרי"ף סובר בדעת אביי שיש לחייב על אונס גם שאינו קשור לפשיעה (עיין לעיל הערה 175) ולשיטתו הסיבה שיש לחייב על 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס' היא משום שברגע הפשיעה התחייב כדין גזלן, וחיוב זה שייך רק בפשיעה ממש, ולא בפשיעה כשומר שכר, אך לדעת רבא החיוב הוא רק משום שהפשיעה היא זו שהובילה לאונס ולכן אף האונס מוגדר כפשיעה ובזה אין חילוק בין פשיעה של שומר חנם לפשיעה של שומר שכר.

לשון השו"ע:

**שומר חנם שהניח הבהמה ונכנס לעיר, ובא ארי ודרסה, זאב וטרפה, אם נכנס בשעה שדרך בני אדם ליכנס, פטור, אפילו אם היה יכול להציל אם היה שם.**
**ואם נכנס בשעה שאין דרך בני אדם ליכנס, רואים אילו היה יכול להציל אם היה שם, חייב; ואם לאו, פטור:**

## סעיף יג

### השומר כדרך השומרים

לשון המשנה בב"מ מב.

המפקיד מעות אצל חברו, צררן והפשילן לאחוריו או שמסרם לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי - חייב, שלא שימר כדרך השומרים.

ואם שימר כדרך השומרים - פטור.

ממשנה זו עולה כלל שכל שומר ששמר כדרך השומרים והוזק החפץ- פטור.
**הרמב"ם** (שאלה ופקדון ד, ב) **הביא דוגמאות לדרך השמירה לכל דבר ודבר:**
קורות ואבנים- דרכם להניחם בבית שער.
חבילות פשתן גדולות- דרכן להעמיד בחצר.
שמלה וטלית- דרכם להניח בבית.
בגדי משי כלי כסף וכיוצא בהן- דרכן להניח בתיבה ומגדל נעולים (וביאר הסמ"ע (כב) שהכוונה לבגדים הנעשים מחוטי כסף וזהב, ולא לכלי כסף שדינם ככסף ושמירתם רק בקרקע כפי שיבואר לקמן בסעיף טו, עוד הציע שמדובר בכלי כסף וזהב שלא ניתן להטמינם בקרקע משום שיתקלקלו, וכתב שהפירוש הראשון נראה עיקר).

**הטור והשו"ע העתיקו את לשון הרמב"ם.**

## כיצד יש לשמור על בגדים?

**הב"י הביא את דברי המרדכי** (ב"ק סימן כ) **שכתב** שסתם תיבות חתורות הן אצל עכברים, וחייב הנפקד אם הניח בגד שם ואכלו עכבר, והיה לו להניחו במקום גבוה, **וכן פסק הרמ"א**.
**הש"ך (יט) הביא את דברי המהרש"ל** (ב"ק ב סוף סימן כג ד"ה 'וכתב המרדכי') **שכתב שדברי המרדכי** אמורים במקום שיש אוכל ולכן עכברים מגיעים לשם, וגם במקום שאין מים, משום שדרך העכברים לקלקל בגדים רק מחמת צמאון.
לשון השו"ע:

**כיצד דרך השומרים? הכל לפי הפקדון:**
**יש פקדון שדרך שמירתו להניחו בבית שער, כגון הקורות והאבנים.**
**ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בחצר, כגון חבילות פשתן הגדולות וכיוצא בהן.**
**ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בבית, כגון שמלה וטלית.**
**ויש פקדון שדרך שמירתו להניחו בתיבה או בארגז ונועל עליו, כגון בגדי משי וכלי כסף וכלי זהב וכיוצא בהם.**

הגה: י"א דסתם תיבות חתורות אצל עכברים, וצריך להשים בגדים וכדומה על נס, ולא להניח בתיבות (מרדכי פ' כיצד הרגל) והכל הוא לפי הענין (הגהות אלפסי החדשים פרק המפקיד).

## סעיף יד

**הניח במקום שאינו ראוי יחד עם חפץ שלו, ומה הדין אם אירע אונס?**
לשון הירושלמי (ב"מ ג, ז)

נתנן במקום שנוהג ליתן שלו אם היה ראוי לשמירה פטור ואי לא חייב
על פי זה פסקו הרמב"ם (שאלה ופקדון ד, ג) והשו"ע:

**השומר שהניח הפקדון במקום שאינו ראוי לו, ונגנב משם או אבד, אפילו נאנס שם, כגון שנפלה דליקה ושרף כל הבית, הרי זה פושע, וחייב לשלם.**
**ואף על פי שהניח הפקדון עם שלו, אם ראוי לשמירה, פטור.**
**ואם אין המקום ראוי לשמירה, חייב, בשלו הוא רשאי, ואינו רשאי בשל אחרים:**

**והעיר הסמ"ע (כג)** שפשוט שכל מה שחייבו כאן הרמב"ם והשו"ע על אונס, שרק במידה ויש קשר בין הפשיעה לאונס כמבואר בסעיפים הקודמים, [והחיוב בזה פשוט מדין 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס כמבואר לעיל בסעיף ו]

## סעיף טו

**כיצד שומרים על כסף?**
לשון הגמרא בב"מ מב.

**אמר שמואל:** כספים אין להם שמירה אלא בקרקע.
**אמר רבא:** ומודי שמואל בערב שבת בין השמשות, דלא אטרחוהו רבנן. ואי שהא למוצאי שבת שיעור למקבריהו ולא קבריהו - מחייב. ואי צורבא מרבנן הוא - סבר: דלמא מיבעי ליה זוזי לאבדלתא.
והאידנא דשכיחי גשושאי - אין להן שמירה אלא בשמי קורה.
והאידנא דשכיחי פרומאי - אין להם שמירה אלא ביני אורבי.
**אמר רבא:** ומודה שמואל בכותל, (אי נמי בין הקרנות).
והאידנא דשכיחי טפוחאי אין להן שמירה אלא בטפח הסמוך לקרקע, או בטפח הסמוך לשמי קורה.
**אמר ליה רב אחא בריה דרב יוסף לרב אשי:**
**התם תנן:** חמץ שנפלה עליו מפולת הרי הוא כמבוער, רבן שמעון בן גמליאל אומר: כל שאין הכלב יכול לחפש אחריו. ותנא: כמה חפישת הכלב - שלשה טפחים.
**הכא מאי?** מי בעינן שלשה טפחים, או לא?

**אמר ליה:** התם משום ריחא - בעינן שלשה טפחים, הכא משום איכסויי מעינא - לא בעינן שלשה טפחים.

**וכמה?**

**אמר רפרם מסיכרא:** טפח.

**מבואר בגמרא שדעת שמואל** שהשמירה היחידה על כסף היא בקרקע.
**רבא הביא מספר סייגים לקביעתו זו של שמואל:**

- אם קיבל בערב שבת בין השמשות לא הטריחוהו להטמין עד מוצאי שבת (פרטים בזה יתבארו בסעיף הבא).
- בימינו שמצויים גששים שמגששין בקרקע בשפודין של ברזל להכיר מקום שתחתיו חלל(ע"פ רש"י) יש להטמין ב'שמי קורה' כלומר בתחתית הגג.
- כיום שיש שוברי תקרות, לא מועילה שמירה בתחתית הגג אלא יש לשמור את הכסף בין שורות לבנים.
- עקרונית מודה שמואל שיש שמירה בכותל, אלא שכיום שיש גנבים שטופחים על הכותל לחפש חלל, ניתן להטמין בכותל רק בטפח הסמוך לקרקע, או בטפח הסמוך לתקרה.

**הגמרא מביאה את שאלתו של רב אחא בנו של רב יוסף** אם יש צורך שהשומר יטמין באדמה בעומק של ג' טפחים, כפי שנאמר לגבי חמץ שרק בעומק כזה, החמץ נחשב כמבוער.
**ומשיב לו רב אשי** שדי בכיסוי טפח בכדי שיהיה מכוסה מהעין, ודווקא לענין חמץ יש צורך בג' טפחים בכדי שהכלב לא יריח את החמץ ויוציאו משם.
**הרמב"ם** (שאלה ד, ד) **פסק לאור גמרא זו** שעל כספים ודינרים יש לשמור או בקרקע בעומק של טפח או בכותל טפח הסמוך לקורה.
**הב"י התקשה בדברי הרמב"ם** מדוע בעניין הטמנה בכותל חשש הרמב"ם לגנבים הטופחים על הכתל ולכן הצריך שיסמוך לשמי קורה, ולענין הטמנה בקרקע לא חשש הרמב"ם לגששים שמגששים בקרקע והתיר להטמין בקרקע.
**מכול מקום להלכה העתיק השו"ע את דברי הרמב"ם.**
**הש"ך (כא) כתב ליישב את תמיהת הב"י** שסבר הרמב"ם שהחששות המופיעות בגמרא היו בתקופות שונות, ולבסוף נשאר רק החשש האחרון של הגנבים שטופחים בכותל.
**הרא"ש** (ב"מ ג, כא) **והרמב"ן** (ב"מ מנב. ד"ה 'מצאתי') **כתבו בשם ר' יהודה אברצלוני** שכל דינים אלו אמורים בזמן שגנבים מצוים אבל סתם כך לא, וצידד בדבריו והאריך להביא ראיות לשיטתו, **וכן פסק השו"ע בסעיף יח.**
**ואע"פ שציין הב"י שמסתימת הרמב"ם** משמע שאין חילוק בזה בין המקומות השונים.
**מכול מקום כתב הב"י** שבימינו אף הרמב"ם יודה משום שאין הדרך לשמור בקרקע, ועל דעת כן נותן המפקיד לשומר את המעות.

## האם ניתן להטמין מעות עמוק יותר מטפח?

**הבאנו לעיל שמבואר בגמרא** שלעניין שמירה, אין צורך בהטמנה היתירה על פסח בניגוד לחמץ.
**והלבוש כתב (טו)** שאדרבה יש לטמון דווקא בפחות מטפח, אבל ביותר מזה אין לטמון משום שנוצר חלל והרמאים הגששים יכולים לזהותו.
**הסמ"ע (כו) השיג על דבריו** שבגמרא משמע שאין צורך לטמון ביותר, ולא שיש בעיה בזה.

## דברים נוספים ששמירתם בקרקע

**כתב הרמב"ם:** 'הורו מקצת המבינים שהוא הדין לכל דבר שמשאו קל ואין הקרקע מאבדת אותו במהרה כגון לשונות של כסף ואין צריך לומר לשונות של זהב ואבנים טובות שאין להם שמירה אלא בקרקע ולזה דעתי נוטה', **וכן פסק השו"ע.**

## האם בימינו צריך לשמור כספים בקרקע?

**הב"י והסמ"ע בהגהה (כד) הביאו את דברי המרדכי** (ב"מ סוף סימן רפ) **שכתב בשם ספר החכמה בשם רבינו תם** שדווקא בזמנם היה צריך לשמור כספים בקרקע, הואיל ובתיהם היו רעועים בשדות, אך בימינו ניתן לשמור בבתים (וציינו שאף המהרי"ק [קלא] הביא את דברי המרדכי הנ"ל) **והביאו הרמ"א בסעיף יח.**

## האם שמירה על שטרות בכרך נייר בכיס נחשבת כפשיעה?

**הפת"ש (ה) הביא את דברי בנו של הנודע ביהודה-השיבת ציון-** (סימן צט) **שכתב** ששמירה על שטרות בכרך נייר בכיס נחשבת כפשיעה אף כשהוא שומר חנם משום שהשטרות דקין וחמת המשמוש בכיס עלולים לפול, וכלך שלא שם בארנק כנהוג פשע, ואף שאף על כספו שלו שומר כך, זה עדיין נחשב כפשיעה.

## שומר שהניח צרור בארגז עץ עם כלים יקרים ונאנס ע"י אנשי מלחמות

**הפת"ש (ו) הביא מחלוקת המופיעה בשו"ת זכרון יוסף** (חו"מ סימן א) **בין הרב השואל לבעל השו"ת** בדבר אדם שהניח צרור בארגז עץ עם כלים יקרים ונאנס ע"י אנשי מלחמות שלקחו את המעות, [אף שלהלכה מסיכמים הם וכמו שיתבאר] :

**הרב השואל רצה לחייב את השומר משום ש'תחלתו בפשיעה וסופו באונס', ואלו נימוקיו:**

א. ההנחה בארגז זה היא פשיעה, שהרי אותו שומר נתן רשות פעמים רבות למשרתת לקחת משם בגדים או קפה וסוכר.

ב. אף אם נאמר שהארגז שומר מגנבים בין מבית ובין מחוץ, מכול מקום הארגז אינו מקום שומר מששריפה, והיה לו להניח בתיבת ברזל וממילא פשע בהניחו שם.

ג. לטענת התובע היה מפורסם שעתידים לבוא שונאים, ואין צורך לברר שהנפקד עצמו ידע זאת משום שכשהדבר מפרוסם יש לכך קול ומן הסתם הגיע השמועה לידו.

**הזכרון יוסף** (מאות ט ומעלה בסימן הנ"ל) **חלק על דבריו וסבר שרוב נימוקי אינם נכונים, ואלו טענותיו:**

א. המנהג הוא להניח בתיבה מסוגרת ולא היה מחוייב להניח בתיבת הברזל שלו שיתכן שהייתה כבר מלאה.

ב. אין ריעותא בכך שתיבה זו נפתחת ונסגרת תמיד, וכפי שיתבאר לקמן בסעיף יט שכתב מהרי"ק (שורש ו אות ד) שבמעות שאינם צרורים מותר להשתמש ואינו צריך לקברם משום שמוציאם בכל שעה, ורואים שאין בעיה בכך שזה פתוח וסגור תמיד.

ג. אין בעיה בכך שנתן למשרתת לפתוח את הארגז, משום שהמפקיד מסר את השמירה על דעת שבני ביתו יחשבו גם כשומרים.

ד. אין להחשיבו כפושע לענין האש כמבואר בתשובת מהרח"ש (א, פט) שארגז אינו דומה ל'צריפא דאורבני' שעתיד להשרף בכל זמן.

**ומכול מקום הסכים הזכרון יוסף לחייבו מהטעם האחרון שהביא הרב השואל**, שכבר התפרסם שהשונאים עתידים לבוא, ובזה חזר הדין שאין שמירה למעות אלא בקרקע.

**כמו כן כתב הזכרון יוסף** שאין לומר שהיות והופקד אצלו רק לל' יום, אין הוא נחשב כשומר לאחר ל' יום שכבר מבואר ברמ"א בסימן עד סעיף ג שאפילו בכלות הזמן שקיבל עליו השמירה צריך עכ"פ לומר להמפקיד טול פקדונך וללא אמירה זו מחויב לשמור כמקודם.

לשון השו"ע :

**הכספים והדינרים ולשונות של זהב ושל כסף ואבנים טובות, אין להם שמירה אלא בקרקע, ויתן עליהם טפח עפר, או יטמינם בכותל בטפח התחתון הסמוך לקרקע או בטפח הסמוך לקורה. אפילו לא יתנם באמצע עובי הכותל, רק שיכנס טפח בתוכו, אבל לא באמצע הכותל, שמא יחפרו הגנבים ויגנבו.**

**אפילו נעל עליהם כראוי בתיבה, או החביא אותם במקום שאין אדם מכירו ולא מרגיש בו, הרי זה פושע וחייב לשלם.**

## סעיף טז

## קיבל מטבע לשמור בערב שבת ולא הטמינו עד מוצאי שבת

### מאיזה שעה ביום שישי נפטר מלהטמינו בו ביום?

**בסעיף הקודם הבאנו את דברי שמואל** שקבע שאין שמירה על מטבעות אלא בקרקע.

**כמו כן הבאנו שרבא סייג זאת ואמר** שאם קיבל מטבע בערב שבת בין השמשות, לא הטריחוהו להטמינו עד מוצאי שבת.

**וכתב הרא"ש** (ב"מ ג, כא) שאין הכוונה שקיבל בבין השמשות ממש, אלא גם סמוך לבין השמשות, ולא הטריחוהו מפני שהוא טרוד בכבוד שבת.

**ובמרדכי** (ב"מ סימן רפ) **כתב** שאף מחצות היום ואילך אינו צריך להטמין, והביא שהר"ח כלל לא גרס בגמרא את המילים 'בין השמשות'.

**הב"י** הביא את דברי המרדכי הנ"ל.

**אך בשו"ע כתב** שמדובר כשקיבל סמוך לבין השמשות.

**הש"ך (כב)** ציין למרדכי הנ"ל שאין זה דווקא ואף מחצות היום ואילך הדין כן.

### לא הטמינו במוצאי שבת

**בגמרא שהבאנו בסעיף הקודם נאמר בשם רבא** שאם שהה הנפקד ולא הטמין את המעות במוצ"ש בשיעור זמן שיכל להטמין, נחשב כפושע ומחוייב בנזקי המעות, אך במידה והמפקיד תלמיד חכם,

ניתן לפטור את השומר בטענה שחשב שהמפקיד זקוק למעות אלו לצורך קניית יין להבדלה, ולכן לא טמנם.

**הרמב"ם כתב** (שאלה ד, ה): 'ואם ת"ח הוא אינו חייב עד שישהא אחר שיבדיל כדי לקברן'

**המגיד משנה הסתפק בגרסת הרמב"ם** אם גרס כגמרתינו שמדובר שהמפקיד ת"ח, או שלא כגמרתינו (כך סבר הסמ"ע) ושמדובר שהנפקד ת"ח ולפי זה במידה והנפקד ת"ח הוא רשאי להמתין עד ההבדלה ורק אח"כ להטמין את המעות. (יש לציין שמעבר לויכוח אם יש לגרוס ברמב"ם מפקיד או לא, פשוט שהרמב"ם לא ציין לטעם המבואר בגמרא שסבר הנפקד שהמפקיד זקוק למעות ליין הבדלה).

**המגיד משנההסיק** שהעיקר הוא שהרמב"ם גרס כגרסתינו, ואחד מהוכחותיו היא שהראב"ד בהשגותיו על הרמב"ם כתב שיש לומר שהנפקד ת"ח ומשמע שדעת הרמב"ם שמפקיד ת"ח

**וכן פסק השו"ע** שאם המפקיד ת"ח יש לפטור את הנפקד וכגרסת הגמרא שלנו.

**והרמ"א כתב** שיש אומרים שמדובר במציאות שהנפקד ת"ח וכדעת הראב"ד (או כגרסא האפשרית ברמב"ם)

**וכתב הסמ"ע (כז)** שהעיקר בדעת הרמב"ם כפי שכתב הרמ"א שמדובר במציאות שהנפקד ת"ח שהרי הרמב"ם לא גרס את הטעם המבואר בגמרא ואף הרי"ף (ב"מ כד.) לא גרס כן, וכן יש קושי בטעם זה, שהרי היות וקיבל מעות כפקדון, מן הסתם קיבלם על מנת שיטמינם והפקיד לא סמך עליהם לעניין הבדלה.

[**הב"י התקשה** מדוע כשהמפקיד והנפקד אינם ת"ח לכ"ע אינו רשאי להמתין להבדלה, וכתב שניתן לתרץ זאת רק לפי הרא"ש שיובא לקמן שסבר שלת"ח יש להמתין עד אור הבוקר, ומשמע שלשאר אדם אינו רשאי להמתין עד כדי כך, אך לדעת הרמב"ם שחולק, קשה?!

**הסמ"ע תירץ את קושית הב"י** שהסיבה שרק נפקד ת"ח יכול להמתין עד ההבדלה, היא משום ששאר בני אדם סומכים על ההבדלה שבבית הכנסת].

## עד מתי יש לפטור את הנפקד במידה והמפקיד ת"ח?

**כפי שציינו לעיל לפי הגרסאות שלנו בגמרא והכרעת השו"ע** יש לפטור את הנפקד במידה ולא הטמין את המעות לאחר מוצ"ש כשהמפקיד ת"ח, בטענה שסבר שהמפקיד זקוק למעות להבדלה.

**וכתב הרא"ש** (ב"מ ג, כא) שבטענה זו יש לפוטרו עד או הבוקר.

**אמנם הרמב"ם ובעקבותיו הטור והשו"ע כתבו** שיכול לשהות רק לאחר שיבדיל (והשו"ע הוסיף שמדובר שהמפקיד ת"ח)

**הב"י ביאר שנחלקו הרא"ש והרמב"ם** האם דרכו של ת"ח להתעסק בדבר אחר קודם הבדלה, שלדעת הרא"ש דרכו בכך ולכן יכול לתלות כל הלילה שעדיין זקוק להבדלה, ולדעת הרמב"ם אין דרכו בכך, וכל שלא הגיע מיד, מן הסתם כבר עשה הבדלה ואינו זקוק למעות.

**הב"י תמה על כך** שהטור סתם כרמב"ם כנגד דעת אביו.

**השו"ע סתם אף הוא כדעת הרמב"ם** שיכול להמתין עד שישהא אחר שיבדיל, ומשמע שלאחר מכן אינו יכול.

לשון השו"ע:

**המפקיד אצל חבירו כספים ערב שבת סמוך לבין השמשות, אינו חייב לטרוח ולקבור אותם עד מוצאי שבת, ואם נתאחר למוצאי שבת כדי לקברם, ולא קברם, ונגנבו או נאנסו, חייב; ואם תלמיד חכם הוא המפקיד, אינו חייב עד שישהא אחר שיבדיל כדי לקברן.**

(וי"א דה"ה אם הנפקד ת"ח) (טור בשם הראב"ד).

## סעיף יז

### התנו מראש על אופן השמירה

לשון המשנה בב"מ צד.

מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם.

כל המתנה על מה שכתוב בתורה - תנאו בטל[176], וכל תנאי שיש מעשה בתחילתו - תנאו בטל.

וכל שאפשר לו לקיימו בסופו והתנה עמו מתחילתו - תנאו קיים.

ובגמרא:

**אמאי?** מתנה על מה שכתוב בתורה הוא, וכל המתנה על מה שכתוב בתורה תנאו בטל!

**הא מני - רבי יהודה היא,** דאמר: בדבר שבממון - תנאו קיים...

---

[176] פרשני המשנה נחלקו במה עוסק משפט זה: דעת הרמב"ם שמשפט זה עוסק בתנאי שאינו של ממון, והוא אף לדעת ר"י, דעת הברטנורא שמשנה זו עוסקת בדבר שתנאו ממון והינה כדעת ר"מ והחלק הקודם בענין שומרים הינו גם לשיטת ר"מ כפי שיבואר בגמ' להלן, ועיין בתפארת ישראל יכין ועוד.

**ומי מצית מוקמת לה כרבי יהודה?** אימא סיפא: כל המתנה על מה שכתוב בתורה - תנאו בטל, אתאן לרבי מאיר!

**הא לא קשיא:** לעולם רבי יהודה היא, וסיפא - בדבר שאינו של ממון.

**אימא סיפא:** כל תנאי שיש בו מעשה בתחילתו - תנאו בטל. מאן שמעת ליה דאית ליה הא סברא - רבי מאיר. דתניא: אבא חלפתא איש כפר חנניא אמר משום רבי מאיר: תנאי קודם למעשה - הרי זה תנאי, מעשה קודם לתנאי - אינו תנאי.

אלא, כולה רבי מאיר היא, ושאני הכא דמעיקרא לא שעבד נפשיה.

**למסקנה עולה** שתנאי מועיל בשמירה בין לדעת ר' יהודה שסבר שמועיל תנאי בממון ובין לדעת ר"מ שסבר שלא מועיל תנאי בממון, משום שכאן מלכחילה לא השתעבד אלא לפי תנאו .

(עיין רש"י שביאר מדוע בקידושין איננו אומרים כן, וזאת משום שכבר קידשה ואחר מכן לא מועיל התנאי.

ובתוס' בכתובות [נו.-: ד"ה 'הרי זו מקודשת' בסופו] הקשו שהרי לר"מ לעולם התנאי קודם למעשה, וביארו שבשומרים הדין שונה הואיל והתורה ריבתה סוגי שמירה שונים וכן יתכן שבשומרים לא חייבה התורה אלא מה שחייב השומר את עצמו.

ובריטב"א כתב [ב"מ צד. ד"ה 'אימא סיפא] שכל מה שנאמר שאין להתנות כנגד דין תורה, הוא דוקא במקום שהתורה הקפידה כזה כגון באונאה ובשמיטה ובשאר וכסות, אך בשומרים התורה לא חייבתו להתחייב, אלא שגזרה על השומר בסתם שחייב באחרות, עי"ש)

**לאור זאת פסקו הטור והשו"ע** שאם התנה הנפקד שהוא שומר על מנת שלא יטמין בקרקע, וכן כל דבר ודבר שיניחנו עם שלו, הכל לפי תנאו.

## האם מועיל תנאי לאחר שכבר קיבל עליו חובות שמירה בשואל ובשאר שומרים

**הרמ"א בסימן שדמ סעיף א פסק ע"פ דברי המרדכי** (ב"ק סימן ק) בעניין שואל, שמועיל תנאי שלא ישלם או שלא ישבע, , אך זאת דווקא קודם שקיבל שמירה אבל לאחר שקיבל שמירה אין זה מועיל.

**הנתיבות (א) הביא שאחת מראיות המרדכי לדין זה היא מדברי הגמרא שהובאו לעיל** שאמרה שאף ר"מ יודה שמועיל תנאי בשומרים, הואיל ו'מעיקרא לא שעבד נפשיה'.

**אך הנתיבות התקשה בזה,** שהרי טעם זה נצרך לר"מ שסבר שלא מועיל תנאי בממון, והרי אנו פוסקים כר' יהודה שמועיל תנאי בממון ואיננו צריכים לטעם זה, ועוד שמשמע במרדכי שאם יעשה קנין זה יועיל, ואם הטעם הוא משום שמתנה על מה שכתוב בתורה, אף קנין לא יועיל.

**המרדכי הוכיח כן גם מן הדין** שלא מועיל לפטור כאשר אומר 'קרע כסותי כשבא לידו בתורת שמירה' (כמבואר בב"ק צג.).

**ואף בזה התקשה הנתיבות** שאם אמר 'והפטר' זה מועיל ומבואר במרדכי (ב"ק סימן צט) שזאת משום שאנו מפרשים שלא התכוון באמת לפוטרו, אך כשמבאר שבאמת נתכוון- נפטר הקורע, ובמרדכי משמע שלעולם לא יועיל פטור במילים בלבד.

**וכתב הנתיבות לבאר** שהמרדכי סבר שהסיבה שלא ניתן לפטור מחיובו כשומר לאחר שכבר נתחייב, זאת משום שהפטור שנותן לו המפקיד הוא כמחילה על דבר שלא בא לעולם, הואיל והשומר לא התחייב כעת, ולכן גם כשאומר 'קרע כסותי' לא מועיל שיפטרנו, ואין זה מהטעם שכתב המרדכי שהבאנו לעיל שהוא משום שלא התכוון, והסיבה שבד"כ מועיל פטור כשאומר 'קרע כסותי והפטר' זה משום שהוא התחייב מדין 'ערב' שקרע על פיו, וטעם זה אינו שייך במקרה שפשע והתחייב השומר.

**אמנם כתב הנתיבות שנראה שהרמ"א סובר** שיש לחלק בזה בין שואל לסתם שומרים, הואיל ובסימן שלנו סתם הרמ"א ולא כתב שלא מועיל תנאי לאחר קבלת השמירה.

**ובטעם הדבר ביאר הנתיבות** שבאמת ניתן להתנות ולהפטר מחיובי שומרים משום שחיוב השמירה חל מיד, ולכן גם המחילה חלה מיד ואין בזה בעיה שמוחל על דבר שלא בא לעולם, אלא שבשואל הדין שונה, משום שהחיוב בשואל אינו מדין שומר, שהרי הוא מחוייב באונס, ואין אדם יכול לשמור מאונס, אלא על כרחך שהחיוב הוא משום שכאשר הוא נאנס, נעשה החפץ כממון של השואל וכשמחזיר למשאיל צריך לעשות קנין מחדש ובזה לא מועילה מחילה, הואיל והחיוב נוצר רק לאחר שיאנס, וקודם לכן הרי זו כמחילה על דבר שלא בא לעולם, [זהו תמצות הנתיבות, ודבריו ארוכים יותר ושם דן בכל ראיה וראיה של המרדכי עי"ש]

לשון השו"ע:

**התנה הנפקד: על מנת שלא אטמנם בקרקע, וכן כל דבר ודבר שיניחנו עם שלו, הכל לפי תנאו:**

## סעיף יח

### האם בימינו צריך לשמור מטבעות דווקא בקרקע?

לשון השו"ע:

**במה דברים אמורים שכספים אין להם שמירה אלא בקרקע, בשעה שגנבים מצויים ואנשים רמאים, שמחפשים אחריהם. אבל במקום דליכא כל הני, א"צ לכסותם בקרקע, אלא מניחם במקום שמניח מעותיו.**
(ובמקום המשתמר כפי דרך המקום וכפי הזמן שהוא מפקיד) (מרדכי פרק המפקיד וב"י).
דין זה התבאר לעיל בסעיף טו ומקורו בראשונים (רמב"ן רא"ש ועוד) בשם ר' יהודה אברצלוני. (וגם דברי הפת"ש שהובאו כאן, כבר התבארו בסעיף טו, קחהו משם).

## סעיף יט

### שמירה על כסף שנועד לצורך שיתעסק בו השומר

לשון השו"ע:
**אפילו בשעה שגנבים מצויים, לא אמרו כספים אין להם שמירה אלא בקרקע, אלא במפקיד סתם אצל חבירו לשמרם. אבל מפקיד מעות אצל חבירו כדי להתעסק בהם וירויח, פשיטא דהוי כמו אמר לו בפירוש שאינו מצריכו לקברן בקרקע:**
**מקור דין זה במהרי"ק** (שורש ו אות ד) וכתב שכל מי שלא דן כדין זה אינו דיין.
**הסמ"ע (לה) כתב שיש ראיה לדין זה מהמבואר בגמ בב"מ מב.-:** (ולקמן בסעיף כג) בדבר אמא שסברה שהמעות של בנה, שאינה מחוייבת במידה ויתברר שזה של מישהו שהפקיד אצל בנה, וביאר הסמ"ע שהסיבה שהיא לא הטמינה כשסברה שזה של בנה, זאת משום שסברה שהוא יעסוק בהם (ומקורו בראש"ש ב"מ ג, כג).

## סעיף כ

### כיצד שומר על מעות בדרך?

לשון המשנה בב"מ מב.
המפקיד מעות אצל חברו, צררן והפשילן לאחוריו או שמסרם לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי - חייב, שלא שימר כדרך השומרים...
על פי זה פסקו הרמב"ם (שאלה ד, ו) והשו"ע:
**המפקיד כספים אצל חבירו בדרך להוליכם לביתו, או ששלח עמו מעות ממקום למקום, צריכים שיהיו צרורים ומונחים בידו או קשורים כראוי על בטנו מכנגד פניו, עד שיגיע לביתו ויקברם כראוי. ואם לא קשרם בדרך הזאת, אפילו נאנס, חייב לשלם שהרי תחלתו בפשיעה:**
**כתב הש"ך (כו)** שמדברי הטור והשו"ע נראה שאף שבמקרה זה יש לחייב אף לדעת ר"י אברצלוני שנפסק כמותו בסעיף יח שבמקום שאין חשש לגנבים אין צורך שיטמין בקרקע.
**וכתב הש"ך שבתשובת מהרשד"ם** (חו"מ סימן מז) **כתב** שלדעת ר"י אברצלוני יש לפטור גם במקרה זה כשהניח יחד עם מעותיו, וכתב שכן נשמע גם מהסמ"ע בס"ק לא שכתב שפטר כשהוליכם בדרך עי"ש בדבריו.
**הנתיבות בחידושיו (כו) סתם** שאם מניח יחד עם מעותיו פטור, וכדברי המהרשד"ם שהביא הש"ך.
**הפת"ש (ז) הביא את דברי המהרי"ט** (חו"מ סימן קטו) **שכתב** שבמקום שמצוים בני חיל שחוטפים, הרי פושע במידה והניח את המעות בידו, וצריך להניח בחיקו מפני הגניבה ולקושרו אליו שלא יפול ויאבד ממנו.

### שומר שהניח מעותיו בארנקו והלך לישון בפונדק ונגנב

**הד"מ (יח) והסמ"ע (לא) הביאו את דברי מהרי"ק** (שורש קלא) **שכתב** בענין אדם שהושכר להוליך מעות והניח את המעות יחד עם מעותיו וכשהלך לישון נגנב ארנקו, שחייב משום שהיה לו להניח תחת ראשו או לקשור תחת זרועותיו.
**הפת"ש (ט) כתב** שלכאורה היה ניתן להבין מדברי המהרי"ק שבמדה והניח תחת מראשותיו יש לפוטרו אף במידה והוא שומר שכר, שהרי המהרי"ק עסק באדם ששכרוהו להוליך מעות, אך המעיין בתשובה שם יראה שפטור זה נכון דווקא לשיטה הסוברת ששומר שכר פטור מגניבה של מעות שהוטמנו בקרקע, ושלא כשיטת ר"י המובא בתוס' (ב"ק נז. ד"ה 'כגון'). והוא בשו"ע בסימן שג סעיף ב בלשון 'ויש אומרים'.
**עוד הביא הפת"ש מהגליא מסכת** (סימן יג) **שפסק** ששמירה מראשותיו מועילה דווקא כשלן בחדר יחד עם אנשים כמכובדים כמקרה המתואר בתשובת מהרי"ק, אך במציאות שישן בשדה יחד עם שיירה והניח את הכסף במעילו והניחו תחת מראשותיו, יש לחייב אפילו לשיטות החולקות על ר"י

וסוברות שיש לפטור שומר שכר מגניבה של מעות שטמונים בקרקע, ועוד שהמהרי"ק הצריך שיניח את המעות עצמם תחת ראשו ולא בתוך מעיל שזו שמירה פחותה.
**אך מכול מקום כתב הגליא מסכת** שראוי בזה להכנס לפנים משורת הדין.
**עוד הביא הפת"ש שהגליא מסכת כתב** שהד"מ והסמ"ע הביאו דין זה למרות שלא הזכירו כלל בסימן שג שיש שסוברים שיש לפטור שומר שכר במקרה של שמירה טובה במעות, בשביל לחדש שבמקרה זה אף שומר חינם חייב, משום שזו פשיעה ממש.

## שמר שלא כדרך השומרים כשראהו המפקיד עושה כן

**הפת"ש (ח) הביא שהחתם סופר** (חו"מ סימן קסח) חִיֵּב בן שותף שהוליך מעות בכיס שברגליו ולא בכיס שבחולצתו כנהוג, ואבד לו בדרך.
**ותמה הפת"ש** שלכאורה מלשון השואל בחת"ס משמע שהשותפים ראו שאותו הבן הניח את הכסף בכיס רגליו, ולכאורה היה צריך לומר שנתרצו לכך כפי שעולה מהמהרש"ך (ב, קסט) שדי בכך שראה המפקיד שכך השומר שומר.
**וכתב הפת"ש שצריך לומר** שהשותפים לא היו במעמד זה, אלא רק בנו של השותף השני ואין זה מועיל, **ונשאר הפת"ש בצ"ע.**

# סעיף כא

## שומר שנתן לבני ביתו לשמור על החפץ שהופקד בידו

**הבאנו בסעיף הקודם את דברי המשנה** (ב"מ מב.) שקבעה שבמידה וקיבל מעות ומסרם לבנו ולבתו הקטנים ונעל בפניהם שלא כראוי - חייב, משום 'שלא שימר כדרך השומרים'.
**הגמרא בב"מ בדף לו.** דנה בשאלת מעמדו של שומר שמסר לשומר, ורצתה להוכיח ממשנה זו שניתן למסור לשומר אחר, משום שמשמע שהפשיעה היא רק משום שמסר לבנו ובתו הקטנים, אך אין בעיה שימסור לבנו ובתו הגדולים.
**הגמרא דחתה זו** שאין לדמות בין מסירה לבני ביתו למסירה לשומר אחר, משום שהמפקיד מלכתחילה ידע שהשומר יתן גם לאשתו ובניו לשמור[177] [בלשון הגמרא: 'כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד'].
**ומהגמרא בב"מ בדף מב.-: מוכח** שאין זה דווקא ביחס לאשתו ובניו אלא גם לאמו, ששם מסופר שהשומר הביא לאמו לשמור, ופטרו רבא מהטעם ש'כל המפקיד- על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד'.
**וכתב המרדכי** (ב"מ סימן רפב) שהוא הדין ביחס לכל בני ביתו.
**הרמב"ם כתב** (שאלה ד, ט) שכל מה שנאמר שהמוסר מוסר על דעת אשתו ובניו, זה דווקא כשהם סמוכים על שולחנו, אבל אם מסר 'לעבדיו בין גדולים (כתב הסמ"ע (לג): פירוש, כנעניים, ומשום דסתם עבדים כנעניים גזלנין הן, משא"כ עבדים עבריים הוו דומיא לבני ביתו, וכ"כ המרדכי שם [ב"מ סי' רע"ד] בהדיא) בין קטנים או לאחד מקרוביו שאינן שרויין עמו בבית ואין סומכין על שלחנו', הרי הוא פושע וחייב לשלם אלא אם כן המוסר השני שאליו מסר מביא ראיה שלא פשע, **וכן פסק השו"ע.**
**הנתיבות (יז) כתב** שבמידה ומסר לחרש שוטה וקטן, לא תועיל ראיה שלא פשע, משום שעצם זה שהחפץ נמצא אצלו, זוהי פשיעה מצד עצמה, ולכן יש לחייבו אף במדה ונעשה אונס בסוף מדין 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס'.

## האם שומר שכר רשאי למסור לבני ביתו?

**הב"י הביא בבדק הבית את דברי הריטב"א** (ב"מ מב: ד"ה 'כל המפקיד') **שכתב** שדווקא שומר חינם רשאי למסור לבני ביתו ורק לגביו נאמר שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, אבל בשומר שכר אין הדין כן, **הש"ך (כז) הביא שכן דעת מהרש"ך** (ב, פה).
**אך הביא הש"ך שהמהר"ש הלוי** (סימן לה [הבנת קצת לשונות עמוד קעט] ובמהדורת זכרון אהרון כלל י סימן פז) **חולק וסובר** שאף שומר שכר פטור כשמסר לבני ביתו, ולא גרע מדין שומר שמסר לשומר ששם רוב הראשונים סברו שאפילו אם מיעט שמירתו, פטור הראשון כפי שיבואר בע"ה לקמן בסעיף כו (וזאת בניגוד לדעת הרמב"ם ולהכרעת השו"ע וכפי שיבואר להלן)
**הש"ך בסימן עב** (סוף ס"ק קלו) **חלק בעצמו על דברי הריטב"א וכתב שהנמוק"י** (ב"מ כד. עיין לקמן בסעיף כג) **ותלמידי הרשב"א** (הביאם הב"י בסימן שלנו סוף ס"ק כה) **חולקים** וסוברים שאף שומר שכר נפטר במקרה זה (שם הניחו תלמידי הרשב"א בפשיטות שניתן למסור לאשתו ובניו ודנו מה קורה כשטענו שהבהמה נגנבה או אבדה עי"ש).

---

[177] כתב ר' דניאל ווסטבורק:
יש לעמוד כאן על המקום שהביא הרמב"ם את הדין הזה, בפ"ד מהלכות שאלה ופקדון. שלכאורה היה מקום להביאו בפ"א מהלכות שכירות, בתוך דיני שומר שמסר לשומר. ונראה שהבין הרמב"ם שמדובר כאן בסוג מסירה אחר. שדין שומר שמסר לשומר הוא במי שרוצה לסלק את עצמו מהאחריות שקיבל ולהעביר את האחריות הזאת לאחר. וכאן מדובר במי שלא מסתלק מאחריותו, אלא שכרגע מבצע שמירתו ע"י מסירה לבני ביתו. ואף שהגמרא בדף לו שהבאנו מקשה מדין שלנו על דין שומר שמסר לשומר, התירוץ הוא שמכיוון שעל דעת אשתו ובניו הוא מפקיד, אין זה בגדר שומר שמסר לשומר. אמנם מרש"י שם לא משמע כן כ"כ.

**הקצות (ו) העיר על בדק הבית** שאף הריטב"א עצמו לא כתב כן להלכה, אלא כתב כן לשיטה הסוברת ששומר שמסר לשומר חייב, אבל להלכה שנפסק שאם יוכיח שהשני נאנס, הוא יפטר, הוא הדין שיש לפטור שומר שכר במקרה זה.
**אך הודה הקצות** שכל שאין עדים שנאנסו אשתו ובניו, המפקיד אינו מחוייב להאמינם בשבועה במידה והשומר הינו שומר שכר, וכפי שהסיק הקצות לקמן בס"ק יב (יתבאר בע"ה בסעיף כו).
**אך כתב הקצות** שבמידה והשומר שכר מסר לבני ביתו בשכר, המפקיד אינו יכול לטעון שאינו רוצה להאמינו, ובזה השיג על המהרש"ך שעסק במקרה שמסר השומר למשרתו, ובכל זאת חייב את השומר.

## מסר לשומר בשוק דבר שאין דרך אדם לשאתו אם רשאי לתת לבניו הקטנים

**כתב הקצות (ז) שמבואר בירושלמי** (ב"מ ג, ז) שאם הפקיד אדם לחברו בשוק דבר שאין דרכם של אנשים לשאת [שם מדובר בפלטרין וביאר קרבן העדה תכשיטים] אנו מניחים שהמפקיד הסכים שבנו ובתו הקטנים יקחו זאת, ואף בזה כתב הריטב"א שאין זה אלא במקרה שהוא שומר חנם.

## הניח לאנשים להכנס על אף שלא ידוע שהם גנבים

**בסעיף ז הבאנו את דברי תרומת הדשן** (סימן שלג) שדן בשומר שהחביא מעות תחת מיטתו רחוק מכל רואה, אלא שלאחר זמן הכניס אדם לחדרו לחפש בכל החדר וגם תחת המטה תרנגולת שאבדה לו, ומאז נעלם הכסף.
**ופסק התרומת הדשן** שזו פשיעה לתת לאותו אדם להכנס שם, על אף שהוא לא הוחזק כגנב, ולמרות שישנו כלל שאיננו מחזיקים סתם אדם בגניבה, מכול מקום כלל זה אינו גורף ונאמר רק לגבי זה שלא נוכל לתת לכשנגדו להשבע ולטול.
**על פי זה פסק הרמ"א** שהמניח לאדם להכנס במקום שהפקדון מונח הוא נחשב כפושע בפקדון.
[ובסעיף ז התייחסנו למה שהוסיף תרומת הדשן שאף במקרה שהשומר לא ידע אם אותו אדם גנב, ויצא שפשע, או שהמעות נגנבנו קודם לכן ולא פשע, הוא חייב עי"ש]

## המחזיר פקדון לבני ביתו של המפקיד, אם נפטר מחובת השמירה

**כתב המרדכי בשם מהר"ם** (ב"מ סימן ערב) שאם החזיר השומר את הפיקדון לאשתו של המפקיד, פטור, משום שהיא בת דעת, ונאמנת למפקיד.
**בדומה לתשובה זו, ישנה תשובת רשב"א** (סימן אלף צו) שפסק כן בענין לוה שפרע לאשת המלוה, שבמדה והיא בר דעת והמלוה נותן לה לשאת ולתת בבית, נפטר הלווה ברגע שהביא לה, ולמד כן מהדין שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד.
**הרמ"א פסק כדברי המרדכי והפנה לעיין בסימן שמ סעיף ח, שם הביא הב"י תשובת רשב"א** (חלק ב סימן רסח) שפסק ששואל שהחזיר את החפץ לאשתו ובניו אינו נפטר מחובת השמירה, אף במידה והם סמוכים על שלחנו ולמד כן מהמבואר במשנה (ב"מ צח:): שרק במידה והשואל שלח בעצמו ביד בנו של שואל, פטור השואל, אך אם השואל אמר לו לשלח ביד בנו הוא חייב, ומסיימת שם המשנה שהוא הדין לענין החזרה, וביאר הרשב"א שהחזרה צריכה להיות לדעת המשאיל כמבואר בב"ק נז. שאמר ר' אלעזר: 'הכל צריכים דעת בעלים חוץ ממשיב אבידה'.
**הד"מ בסימן שמ ס"ק א העיר לסתירה** לכאורה בין דברי המרדכי אצלנו ממנו משמע שמועילה החזרה לבני ביתו לבין דברי הרשב"א ממנו נראה שלא מועילה החזרה.
**וכתב הד"מ** שיתכן שיש לחלק בין שואל למפקיד, [ובד"מ בסימן שלנו (יא) ציין גם לסתירה וכתב שיתכן שאכן הרשב"א לא יחלק בין שואל לשאר שומרים].
**הסמ"ע כאן ובעוד מקומות** (סימן שמ ס"ק יב, סימן עב ס"ק צח) **ביאר בדעת הד"מ** שהחילוק בין שואל לשאר שומרים, הוא שבשואל כל ההנאה שלו ולכן צריך להזהר יותר בשמירתו.
**הרמ"א פסק בסימן שדמ סעיף ח כדברי הרשב"א** בעניין שואל שלא מועילה החזרה לבני ביתו.
**ובסימן שלנו פסק כדברי המרדכי** שמועילה החזרה לבני ביתו של המפקיד.
**הש"ך בסימן שלנו כתב שיש חולקים על דין הרמ"א** (בסימן שלנו) וסוברים שאין לפטור את האדם במידה והחזיר לאשתו ובניו, והפנה לדבריו בסימן עב ס"ק קלו שם הביא שהמהרש"ל והפרישה חולקים, וביאר המהרש"ל (ים של שלמה ב"ק פרק ט סימן לט) שכל מה שנאמר שאשתו ובניו נאמנים עליו זה בסתמא, ולכן כשמפקיד אצל אדם הוא צריך להניח שהנפקד יתן לאשתו ולבניו לשמור, אבל הוא לא צריך להניח שהנפקד יחזיר לאשתו ובניו שלו, ולכן בזה הוא רשאי לטעון שהוא לא מאמין לאשתו ובניו, **והביא המהרש"ל שמעין זה מצא בשו"ת חזה התנופה** (סימן כ).

לשון השו"ע:

**כל המפקיד אצל בעל הבית, בין כלים בין מעות, על דעת אשתו ובניו ובני ביתו (הגדולים) הוא מפקיד.** (וכן אם הנפקד החזיר הפקדון לאשת המפקיד, פטור) (מרדכי פרק המפקיד). ( וע"ל סימן ש"מ סעיף ח')

**אבל אם מסר לבניו ובני ביתו הקטנים, או לעבדיו, בין גדולים בין קטנים, או לאחד מקרוביו שאינם שרויים עמו בבית ואין סומכין על שלחנו, ואין צריך לומר אם מסרם לאחר, הרי זה פושע וחייב לשלם, אלא אם כן הביא השומר השני ראייה שלא פשע.**

(וכן אם הניח אחרים ליכנס במקום שהפקדון מונח, אף על פי שאינן בחזקת גנבים, אם נגנב חייב לשלם, דהוי פשיעה) (ת"ה סימן של"ג).

## סעיף כב

### אם ידוע שהנפקד לא שומר בעצמו

**כתב ההגהות אשר"י** (ב"מ ג, כג) שאם ידוע בבירור שכל פיקדון שמפקידים ביד הנפקד, הוא מוסר לממונה תחתיו, הרי זה כאילו מסר המפקיד מיד לממונה תחתיו, והנפקד מסולק לגמרי מאחריות.

**וכתב הב"י** שיתכן שאף הרמב"ם יודה לזה, למרות שהוא פסק שכל שמסר השומר למי שאינו סמוך על שולחנו, הוא לא נפטר מאחריות (וכפי שפסק השו"ע בסעיף הקודם), משום שבמקרה זה כולם יודעים שהפקדון יעבור לממונה תחתיו.

**השו"ע פסק כדברי ההגהות אשר"י.**

**וכתב הש"ך (לב)** שבמקרה זה פשוט שאף אם אין לשני לשלם, הראשון פטור, ואין זה שייך למחלוקת שתתבאר לקמן בסעיף כד ביחס לשומר שמסר לבני ביתו, ואין להם ממה לשלם.

לשון השו"ע:

**מי שהוא ידוע בודאי שאינו רגיל לשמור הפקדון אלא למסרו ביד אחר שאינו שרוי בביתו ואינו סומך על שלחנו, דינו כמוסר לבני ביתו:**

## סעיף כג

### שומר שנתן לאמו לשמור על מעות וחשבה שאלו מעות בנה

לשון הגמרא בב"מ מב.-:

ההוא גברא דאפקיד זוזי גבי חבריה, אשלמינהו לאימיה, ואותבינהו בקרטליתא, ואיגנוב. - **אמר רבא:** היכי נדיינו דייני להאי דינא?

נימא ליה לדידיה: זיל שלים, אמר: כל המפקיד - על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד.

נימא לה לאימיה: זילי שלימי, אמרה: לא אמר לי דלאו דידיה נינהו, דאקברינהו.

נימא ליה: אמאי לא אמרת לה? - אמר: כל שכן, דכי אמינא לה דדידי נינהו, טפי מזדהרא בהו.

**אלא אמר רבא:** משתבע איהו דהנהו זוזי אשלמינהו לאימיה, ומשתבעא אימיה דהנהו זוזי אותבינהו בקרטליתא ואיגנוב, ופטור.

**הגמרא מספרת** על אדם שקבל מעות לשמור ומסרו לאמו, ואמו הניחה את המעות בארגז.

**ופסק רבא** שלא ניתן לחייב את הבן על שמסר לאמו, משום ש'כל המפקיד- על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד',וגם אין לחייבו על כך שלא הודיע שאין זה מעות שלו, משום שהוא יכול לטעון שסבר שאדרבה אמו תשמור יותר טוב על מעות שלו, ולא ניתן לחייב את האמא, משום שהיא לא ידעה שהכסף לא שיך לבנה ולכן לא קברתו, ועל כן די שישבע השומר שמסר את המעות לאמו, ושאמו תשבע שהניחה את המעות בארגז שנגנבו, ושניהם פטורים.

**השו"ע פסק כדברי רבא להלכה.**

### מדוע צריכה האם להשבע?

**הנתיבות (כב) כתב** שלכאורה האם אינה מחוייבת להשבע מדין שומרת, שהרי היא לא קבלה שמירה אף ביחס לבנה, שהרי בנה לא אמר לה 'שמרי לי', ומבואר בתוס' (ב"ק צג. ד"ה 'ורמינהי') וברמב"ן (מלחמות ד ב"מ לג.) שעד שלא יאמר המפקיד 'שמור לי' לא נעשה האדם שומר (עיין לעיל סעיפים ב-ג), וכל שכן שכשבני ביתו מפקידים בידו אינו מקבל בסתם שמירה, וביאר הנתיבות שלשיטות הסוברות שבמידה ומסר אדם לבני ביתו והם אינם יכולים לשלם חייב השומר הראשון לשלם, יש לבאר שמטרת השבועה כאן היא לפטור את בנה מלשלם, ומועילה שבועתה משום שהמפקיד הפקיד על דעת שיאמין לבני ביתו, וכתב שכך יש לפרש את דברי תוספות (ב"מ מב: ד"ה

'כל המפקיד') שכתבו שלאור שיטת ר"ת שהשומר הראשון חייב לשלם במידה והשני אינו יכול (או אינו מחויב) מובן מדוע האם נשבעת.
**עוד כתב הנתיבות** שלשיטות החולקות וסוברות שכשהשומר השני אינו יכול לשלם, אין הראשון מחוייב, צריך לומר שמדובר שהבן אמר לאם 'שמרי לי' ונעשתה שומרת ולכן היא מחוייבת שבועה.

## מדוע לא הטמינה האם את המעות כשחשבה שהם של בנה?

**בסעיף יט כבר הבאנו שפירש הסמ"ע** שהסיבה שהאם לא קברה את המעות כשחשבה שאלו מעות בנה, היא משום שהיא סברה שבנה מתעסק במעות ומשתמש בהם תדיר (ודבריו מבוססים על דברי הרא"ש ב"מ ג, כג).
**הש"ך (לג) הוציא לכאורה את דברי הסמ"ע מפשטו** וביאר שכוונתו שכיון שלא קיבלה בתורת שמירה יכולה לומר שסברה שבנה לא יקפיד על כך שלא תטרח להטמין.
**וביאר הנתיבות** שהסיבה שהוציא הש"ך את דברי הסמ"ע מפשוטן זה משום שהיה קשה לו שא"כ כל שומר יאמר שסבר שהמפקיד רצה להתעסק במעות, וכשם שכל שומר אינו יכול לטעון כן ונחשב כפושע, היה לנו להחשיב אותה כפושעת ביחס לבנה וממילא לחייבה לשלם למפקיד שהוא המפקיד הראשון, ולכן נצרך לומר שבנה לא מקפיד.

## האם צריכה האם להשבע שבנה לא אמר לה שמעות אלו פקדון?

**הבאנו לעיל שמבואר בגמ'** שהסיבה שהאם אינה מוגדרת כפושעת בכך שהניחה את מעות המפקיד בארגז ולא הטמינתם בקרקע, זאת משום שהיא טוענת שהיא קבלה מעות אלו מבנה מבלי שידעה שמעות אלו פקדון הם, ומבואר בגמרא שרבא הצריך אותה להשבע שהניחתם בארגז ונגנבו, ולא נאמר בגמ' שחייבה רבא להשבע שהיא לא ידעה שמעות אלו הינם מעות פקדון.
**וכתב הרא"ש** (ב"מ ג, כג) שהיא אינה צריכה להשבע על כך שלא ידעה שמעות אלה הינם מעות פקדון, משום שאף המפקיד אינו טענת ברי שהיא אכן ידעה, ואין נשבעים בטענת שמא, **וכן כתב הטור והביאו הסמ"ע (לו).** [יש לציין שהמאירי כתב שנראה לו שיכול להשביעה גם שלא ידעה שהם של פקדון וכנגד דברי הרא"ש]
**וכתב הש"ך (לד)** שבמידה והבן טוען שאמר לה שמעות אלו הינם מעות פקדון, היא מחוייבת להשבע כמבואר ברמ"א בסימן עה סעיף כג שיכול אדם להשביע בטענת שמא כאשר יש אדם שמעיד כן על אף שהוא קרוב, ואין לומר שהבן נחשב כנוגע בעדות שהרי גם במידה ויאמר שהוא לא אמר לה שזה פקדון, הוא פטור (נראה שיש קצת דיוק לזה מלשון הרא"ש שכתב: 'ולא מחייבא לאישתבועי דלא אמר לה דלאו דידיה נינהו... שאין המפקיד יכול לטעון אלא שמא ...**וגם בנה אמר כן**')[178]
**והעיר הנתיבות (כ)** שנראה שדברי הש"ך לא נאמרו לפי השיטה בסעיף הבא שבמדה ואין לבני ביתו ממה לשלם מחוייב השומר לשלם, שהרי לפי שיטה זו מחוייב השומר עצמו לשלם שהרי לטענתו היא כפרה, ולכן הוא עצמו יכול להשביע את האם, אך כתב שיתכן שהש"ך דיבר אף לפי שיטה זו במקרה שאין לבן מנין לשלם ולכן רוצה המפקיד להשביע את האם מכוח טענת הבן.
**הש"ך הוסיף וכתב** שכל מה שאמר הרא"ש שלא ניתן להשביע את האמא על כך שהיא לא ידעה מהמעות, זה במידה שהיא אינה מחוייבת להשבע על כך שהטמינה בארגז ונאנסה כגון שיש עדים על כך, או שהמפקיד מאמין לה, אך במידה ומחוייבת להשבע על שהטמינה בארגז ונאנסה רשאי המפקיד לגלגל עליה בשבועה שהיא לא ידעה שמעות אלו הינם מעות פקדון.
**הנתיבות השיג עליו בתחילה** שהרי בסימן צד סעיף ב מבואר שאין מגלגלין על אדם שבועה בטענת שמא כאשר אין רגלים לדבר.
**אך כתב הנתיבות שיש ישוב לזה לפי דבריו** (של הנתיבות בסימן עה ס"ק יא) שפסק זה של השו"ע נכון רק במציאות שעיקר השבועה היא מכוח טענת ברי ולכן גם הגלגול הוא רק על טענת ברי, אבל בשומרים שגם עיקר השבועה הינה מכוח טענת שמא, ניתן לגלגל אף שבועה שבאה מכוח טענת שמא.

## האם שומר שכר יכול להפטר במקרה זה?

**הנמוק"י** (ב"מ כד.) **כתב בשם הר"ן** שדווקא שומר חינם נפטר כשלא הודיעו לאמו שאלו מעות פקדון בטענה שחשב שתשמור כך יותר טוב, אבל שומר שכר אינו נפטר בטענה זו והיה לו

---

[178] ועיין פלפולא חריפתא (ב"ק ב"מ פרק ג אות א) שביאר שהואיל ובנה אמר כן אין לגלגל עליה שבועה זו וזה עונה על דברי הש"ך לקמן שהעמיד את דברי הרא"ש רק במקום שהאשה אינה מחוייבת שבועה, אלא שצריך להבין כוונתו כיצד טענת הבן פוטרתה מן הגלגול ולא יתכן לומר שזה מכוח 'עד המסייע' שהרי הוא קרוב, וצ"ע ועיין שער משפט סימן עה ס"ק כג שטען שאכן עד קרוב פוטר מן השבועה, ומצאתי שכדברי הקשה המאר"ל צינץ בספרו מעייני חכמה, ועיין במהר"ם שי"ף ובעבודת הגרשוני קיט שביארו שכל שבנה טוען כן, יכולה לטעון לא בעל דברים דידי את, וכן הוא מפורש במרדכי (ב"מ שנט) עיי"ש וכן בחידושי רע"א על השו"ע עי"ש..

להודיעה[179] (ולמד הנמוק״י מדבריו שמכל מקום רשאי שומר שכר להפקיד ביד בני ביתו, וזה שלא כפי שהביא בבדק הבית בשם הריטב״א עיין לעיל בסעיף כא).

**הש״ך (לג) הביא את דברי הנמוק״י להלכה.**

**ולכאורה צריך להבין מדוע טענה זו שייכת רק לשומר חינם ולא לשומר שכר:**

**הנודע ביהודה** (חו״מ-קמא סימן לו) **ביאר** שהיות ושומר שכר מחוייב להציל את הפקדון קודם שמציל את שלו (כמבואר בשו״ת הרמ״א סימן קו), הייתה זו פשיעה מצד השומר שלא הודיע לה על כך, ולכן חייב מדין ׳תחלתו בפשיעה׳ על אף ש׳סופו באונס׳ (בנו של הנו״ב כתב [נו״ב תנינא סימן נה) שאמנם היה מקום לומר שהיה לו להודיעה משום ששומר שכר מחוייב להיות יושב ומשמר כמבואר בנמוק״י שם שם הר״ן, אך לא כתב כן משום שהש״ך הביא דין זה והוא חולק על חובתו של שומר שכר לשבת ולשמר כמבואר בסימן שג ס״ק ד).

**ר׳ שלמה איגר** (גליון מהרש״א על הש״ך ס״ק לג[180]) **למד מתשובת הרמ״א שהבאנו לעיל** ששומר שכר אינו נפטר מאונס שנובע מעצמו [ובלשונו- אונס דידה] כגון טעות בשיקול הדעת משום שאין זה נחשב אונס, ומכול מקום שומר חינם פטור אף מכוח אונס כזה שעל אף אינו אונס, הוא מוציאו מגדר ׳פשיעה׳, ולכן במקרה שלנו שטעה השומר וסבר שאין צורך לומר לאמו שמעות אלו הינם מעות פקדון, הוא חייב ולא מוגדר כאנוס.

**הנתיבות (יט) התקשה בדברי הנמוק״י** שלכאורה יש טעם פשוט לחייב את השומר שכר, אך לא מטעמו של הנמוק״י שכתב שהיה לה להודיעה, אלא משום שהוא שומר שכר והתחייב בגניבה, ואמו הינה שומרת חינם ופטורה בזה, ולכן חזר החיוב כלפיו וכפי שיבואר לקמן בסעיף כו.

**וכתב הנתיבות שלא ניתן לומר** שהנמוק״י נצרך לטעם שהיה לו להודיעה בכדי להגדירו כפושע ולחייבו אף באונסים, משום שפשוט שאינו מוגדר כפושע לעניין ׳תחלתו בפשיעה וסופו באונס׳ שהרי שומר חנם אינו מוגדר כפושע לעניין זה, וכבר התבאר לעיל (סעיף יב) מדברי תוס׳ (ב״מ צג: ד״ה ׳אי הכי׳) שאין לומר ׳תחלתו בפשיעה וסופו באונס׳ בדבר שלא נחשב כאונס לענין שומר חנם.

**על כן נאלץ הנתיבות לומר** שחידושו של הנמוק״י נצרך במדה ומסר לבני ביתו בשכר, ולומר שאף לפי הדיעה הסוברת שכשאין לשומר השני מאין לשלם [או שאינו חייב] אין לחייב את הראשון, במקרה זה יש לחייבו הואיל והיה לו להודיעה[181].

## אדם שהפקיד חפץ אצל אמו והיטמנתו שלא כפי שצריך, אם צריך להשבע

**כתבו הרמב״ן** (ב״מ מב: ד״ה ׳משתבע איהו׳) **הר״ן** (ב״מ מב: ד״ה ׳אלא אמר רבא׳) **הרשב״א** (ב״מ מב: ד״ה אלא אמר רבא׳) **והמגיד משנה** (שאלה ד, ח) שכל הצורך שגם השומר וגם אמו ישבעו, זאת משום שמדובר שהבן הפקיד ביד אמו מעות ואין ביכולתה לדעת שאלו מעות הפקדון של המפקיד, ולכן צריך הבן להשבע על כך, אך במידה והמפקיד הפקיד חפץ מסויים די בשבועת האמא שקבלתן ולא ידע שהוא פקדון והניחתו בארגז ונגנב, **וכן פסק הרמ״א.** (וביאר הנתיבות (כג) שלמרות שבד״כ כלל רשאי התובע להשביע כנגד כל תובעיו זה דווקא בטענת ברי, וכן אין להקשות שבמקרה של חפץ אין לה טענה שסברה שרוצה הבנה להוציאם שיש לומר שמדובר בחפץ שיתכן שהיה בנה צריך לה)

**הקצות (ח) הביא שנראה שהריטב״א** (ב״מ מב: ד״ה ׳אמרה׳ וכן בשטמ״ק) **חולק** וסובר שאין בנאמנות האם בכדי לפטור את בנה, וצריך עדות ממש שהביא לה או שישבע הבן בעצמו כדרך שהיה צריך להשבע על כך שהניח במקום שמור.

**הקצות צידד בדברי הריטב״א** וביאר שהאם יכולה להכנס תחתיו ולהיות נאמנת רק כשידוע שהחפץ הגיע אליה, אך ללא זה לא, משום שאינה בעלת דין ואין ביכולתה לפטור את בנה

**וכתב הקצות** שצריך לומר שסברת החולקים על הריטב״א היא שברגע שטוען הבן שהוא הביא לאמו, הרי הוא נפטר מחובת השמירה ודינו כטוען החזרתי ואינו מחוייב בשבועת השומרים, וממילא אין בעיה שאמו תפטור אתו.

**ורצה הקצות לומר ששורש מחלוקת הריטב״א והחולקים עליו** היא, במחלוקת שתתבאר בסעיף הבא, אם ברגע שמסר לבני ביתו נפטר מחובת השמירה ופטור אף במידה ואין להם ממה לשלם, שלדעת החולקים פטור ולכן אמו פוטרתו, ולדעת הריטב״א עדיין חלים עליו חיובי שמירה ומחוייב בשבועת השומרים.

**ומכול מקום התקשה הקצות** שעדיין לא מובן מדוע לדעת החולקים על הריטב״א יש כלל צורך שהבן ישבע במעות שהביא לה, כיון שהיא לא יכולה לוודא שאכן הביא לה ממעותיו והרי די בכך

---

[179] לכאורה הר״ן אמר כן דווקא ביחס לסריס שהחזיק בכשות (ויבואר לקמן בסעיף כה), אמנם מצאתי שדברי מבוססים על מהדורת פרנקל (המופיע בפרוייקט השו״ת) אמנם בהוצאת הרי פישל נמצא עוד ד״ה שלא קיים במהדורת פרנקל ושם זה מפורש, וכך כתוב שם: ׳והאי נפקד שומר חנם הוה ומשום הכי פטרינן ליה בהאי טענה דאמר דאי אמינא לה דידי הות מזדהרא בהו, שאלו היה שומר שכר היה לו לפרש, וכן עולה מדברי הרמב״ן (מב: ד״ה ׳נימא ליה לאימיה׳).

[180] ולעיל על הש״ך ס״ק טו וב* על הש״ך ס״ק ז

[181] ועדיין לא ביאר הנתיבות מדוע טעם זה שהיה לו להודיעה שייך דווקא לגבי שומר שכר ולא לגבי שומר חנם ולכאורה ניתן לבארו ע״פ ר׳ שלמה איגר אך לא לפי הנו״ב שא״כ לא היה קשה לו עניין ׳תחלתו בפשיעה, משום שלשיטת הנו״ב הפשיעה שייכת דווקא בשומר שכר, עיין בזה ודוק.

שיטען טענת החזרתי בשביל להפטר, ואף אם פשעה אין זה משנה שכבר החזיר השומר את החפץ למי שרשאי להחזיר ונשאר בצ״ע.

לשון השו״ע:

**מעשה באחד שהפקיד מעות אצל חבירו, ונתנם השומר לאמו והחביאה אותם, ולא טמנה אותם, ונגנבו.**
**ואמרו חכמים אין השומר חייב לשלם מפני שנתנם לאמו, שכל המפקיד על דעת בניו ובני ביתו הוא מפקיד.**
**ואף על פי שלא אמר להם: פקדון הם, יש לו לטעון: כל שכן שהיתה נזהרת בהם אם היתה סבורה שהם שלו.**
**וכן אין אמו חייבת לשלם, שהרי לא אמר לה שהם פקדון.**
**ואמרו חכמים ישבע השומר שאותם המעות עצמם הם שנתן לאמו, ותשבע אמו שהחביאה אותם ונגנבו, ויפטרו שניהם; וכן כל כיוצא בזה.**
(ודווקא במעות וכיוצא בזה בדבר שאינו מסויים, צריכין שניהם לישבע; אבל אם הוא חפץ מסויים, נשבע השני ולא הראשון) (המגיד פ״ד דשאלה ונ״י בשם הר״ן).

## סעיף כז

### הפקיד השומר ביד בני ביתו ולא שמרו כראוי

**בסעיף הקודם הבאנו את הדין המבואר בגמ׳ בב״מ מב:** שאדם שמסר לאמו מעות ולא ידעה האם שהם מעות פקדון, והניחתם בארגז ונגנבו, ופסק רבא שלא ניתן לחייב את הבן משום שבדין מסר לה ויש לו גם תירוץ מדוע לא אמר לה שאלו מעות פקדון, וגם אין לחייב את האמא משום שלא ידעה שאלו מעות פקדון.
**וכתב הרמב״ם** (שאלה ד, ט) שמגמרא זו יש ללמוד שבמידה ומסר אדם לבני ביתו ופשע בן ביתו, בן ביתו הא זה שמתחייב לשלם (כשם שהיה לנו לחייב את האמא במדה ופשעה) ואילו השומר הראשון פטור.
**מסתימתו של הרמב״ם למד המגיד משנה** שבמקרה זה לעולם יש לפטור את השומר הראשון, אף במידה ובן ביתו אינו משלם, **וכן כתב הרמב״ן** (ב״מ לו. ד״ה ׳שומר שמסר לשומר׳ **והרשב״א** (ב״מ לו. ד״ה ׳הא דאמר רב׳).
**אמנם תוספות** (ב״מ מב: ד״ה ׳כל המפקיד׳) **בשם רבינו תם, והרא״ש** (ב״מ ג, כג) **כתבו** שפשוט שבמידה ואין לבני ביתו לשלם, עדיין מוטל החיוב על הראשון, ואם לא נאמר כן יווצר מצב שבכל פקדון תבא אשת הנפקד ותאכל ממנו, ויפטרו הוא ואשתו
**וביארו הרא״ש ותוס׳** שהסיבה שאמר רבא שיאמר לאם לשלם, אין זה בכדי להוריד את האחריות מהבן, אלא לומר שתשלם לבנה כשיהיה לה עי״ש.
**השו״ע העתיק את לשון הרמב״ם.**
**והרמ״א** כתב בלשון ׳יש אומרים׳ כדעת תוס׳ והרא״ש שבמידה ואין לבני הבית לשלם, מחוייב השומר הראשון, ובלשון ׳יש׳ אומרים כסתימת הרמב״ם שפטור אף במקרה זה.
**יש לציין לדברי ההגהות אשר״י שפסקם השו״ע בסעיף כב** שבמידה וידוע שכל מה שמקבל הנפקד הוא מעביר לממונה תחתיו, הוא נפטר מאחריות.
**ושם כתב הש״ך** שבמקרה זה אף הרא״ש ותוספות יודו שגם כשאין לשני כסף לשלם, אין לחייב את הראשון, **וכ״כ המשנה למלך** (שאלה ד, ח).
**עוד יש לציין למחלוקת הש״ך והסמ״ע בסימן עב** בדבר שומר שמסר למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו:
**לדעת הסמ״ע** (עב, צו) במקרה זה אף הרמב״ם יודה שבמידה ואין לשני לשלם משלם הראשון משום שלא היה לו לעשות כן על אף שדרך המפקיד להפקיד אצלו ויש להגדירו כפושע לעניין זה, וסמך דבריו על כך שהרמ״א בסימן עב סעיף ל סתם (ע״פ התרומות שער מט חלק ג סעיף ג) שיש לחייב במקרה זה את הראשון ולא ציין למחלוקת בזה (וכ״כ המשנה למלך שאלה ד, ח).
**הש״ך** (עב, קלד) **השיג עליו וכתב** שפשוט אף במקרה זה יפטור הרמב״ם.
**עוד כתב הש״ך שהמהרש״ל** (ים של שלמה ב״ק א, לב) **כתב להיפך**: שבמקרה זה אף הרא״ש ותוספות יודו שיש לפוטרו משום שבזה לא שייכת סברתם שכל אשה תבוא ותאכל מפקדון בעלה (אך יש להעיר שמהרש״ל כתב כן ביחס למפקיד אצל אדם שידוע שאינו שומר בעצמו, ולא התייחס למציאות שהפקיד ביד מי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו, ודוק).
**לסיכום:**

- **במוסר לבני ביתו-** נחלקו הרמב״ם ׳ודעימיה׳ מול תוס׳ והרא״ש אם נפטר הראשון לגמרי אף כשאין לשני ממה לשלם.
- **כשמסר לאדם שידוע שלא שומר בעצמו אלא מוסר לאחר-** כתבו הש״ך והמשנה למלך (והמהרש״ל) שלזה יודו אף הרא״ש ותוס׳ שנפטר הראשון לחלוטין אף כשאין לשני לשלם.

- **כשמסר הנפקד לאדם שידוע שהמפקיד רגיל להפקיד אצלו-**
  נחלקו הסמ״ע והש״ך (בסימן עב):
  לדעת הסמ״ע בזה אף הרמב״ם יודה שחייב הראשון במידה ואין לשני, והש״ך כתב שאף דין זה נותר במחלוקת (וציין שהמהרש״ל סובר שבזה אף הרא״ש ותוס׳ יודו לפטור וציינו שהמהרש״ל לא כתב כן במפורש)

## האם שואל שמסר לבני ביתו נפטר מלשלם אף כשאין לבני ביתו לשלם?

**כתב הנתיבות (כד)** שבענין שואל אף הרמב״ם יודה שלא נפטר כשמסר לבני ביתו במידה ואין להם לשלם, משום שכל הפטור בשומר שמסר לשומר, הוא משום שהעמיד שומראחר במקומו, כמבואר בב״מ לו. וזאת רק משום שכל חיובו של שומר הוא שישמור היטב, אבל בשואל החיוב אינו רק מחמת חוסר שמירה, שהרי מחוייב גם באונס וזאת משום שהתורה הטילה חיוב על גופו, וחיוב זה אינו עובר לבני ביתו או לאחר שמסר לידו.
לשון השו״ע:

**מכאן אתה למד שהשומר שמסר הפקדון לאשתו ובני ביתו והודיעם שהוא פקדון, ולא שמרו כדרך השומרים, שהם חייבים לשלם לבעל הפקדון, ובעל הבית פטור, שכל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד.**

(ואם אין להם לשלם:
יש אומרים דבעל הבית חייב לשלם (טור בשם הרא״ש ובסימן ע״ב בשם בה״ת).
ויש אומרים דפטור (טור בסימן זה בשם הרמב״ם והמגיד פרק ד׳ דשאלה):

## סעיף כה

לשון הגמרא בב״מ מב:

ההוא גברא דאפקיד כשותא גבי חבריה

הוה ליה לדידיה ומי כריא דכשותא.

אמר ליה לסרסיה: מהאי רמי.

אזל רמא מאידך.

**אמר רב עמרם:** היכי נדיינו דייני להאי דינא?

נימא ליה לדידיה: זיל שלים - אמר: אנא אמרי ליה מהאי רמי.

נימא ליה לסרסיה: זיל שלים, אמר: לא אמר לי מהאי רמי ומהאי לא תרמי.

ואי דשהא שיעור לאיתויי ליה ולא אייתי ליה - גלי אדעתיה דניחא ליה!

בדלא שהא.

סוף סוף, מאי פסידא איכא, והא קא משתרשי ליה!

**אמר רב סמא בריה דרבא:** דהוה שיכרא חלא.

**רב אשי אמר:** בכיסי ומשלם ליה דמי כיסי.

**בגמרא מסופר** על אדם שהפקיד כשות ביד הנפקד, בעוד לנפקד היה גם כשות משלו. לאחר זמן אמר הנפקד לסריס לקחת כשות מערימת הכשות שלו (של הנפקד) ולהניחה בתוך השיכר, הסרסור טעה ולקח את הכשות מערימת כשות המפקיד.
**רב עמרם פסק** שלא ניתן לחייב את הנפקד משום שהוא הורה לסרסור לקחת מערימת הכשות שלו, אך גם לא ניתן לחייב את הסרסור משום שהנפקד לא אמר לו במפורש שלא לקחת מערימת הכשות של המפקיד.
**הגמרא התקשתה** שלכאורה במידה והנפקד ראה שהסרסור מתעכב בהבאת הכשות, הוא חייב משום שגילה דעתו שנוח לו שלקח מערימת הנפקד (ביאר רש״י שערימת הנפקד הייתה רחוקה).
**ויישבה הגמ׳** שמדובר במציאות שהסריס לא התעכב.
**הגמרא חזרה והתקשתה** בעצם הדיון שלכאורה לא נעשה כלל נזק לנפקד שהרי סוף כל סוף הוא נהנה מהכשות של המפקיד ועשה מזה שיכר ומדוע שלא ישלם למפקיד על כך.
**הגמרא הציעה ב׳ ישובים:**

א. מדובר במציאות שהשכר החמיץ.

ב. מדובר ב׳כיסי׳ וביאר רש״י שהכשות הייתה גרועה והיו מעורבים בה קוצים, והשכר לא השביח כפי שהיה חפץ הנפקד [והר״ח פירש שהכשות של המפקיד היה סוג שצריך ריכוך וללא הריכוך לא שווה להטילו לשכר].

**וכתב הנמוק״י** (כד: ד״ה ומשלם ליה) **בשם הר״ן** (מב: ד״ה נימא ליה לדידיה) ששומר שכר חייב במקרה זה, משום שהיה לו לומר במפורש שלא יקח מכשות המפקיד, **וכן פסק השו״ע.**

## היה כשות הפקדון קרוב והגיע הסריס מיד

**כתבו הסמ"ע (מב) והב"ח (כז)** שאם כשות הפקדון היה קרוב והגיע הסריס מיד, יש לחייב את הנפקד מפני שגם בזה יש לומר שגילה דעתו שנוח לו שלקח מכשות הפקדון.
**אמנם הש"ך (מ) כתב** שדבריהם אינם מוכרחים משום שיתכן שהיות וכשות הפקדון קרוב יותר ואמר לו לקחת מהרחוק, הרי זה כאומר לו במפורש שלא לקחת מהקרוב, ולכן הוא פטור.
**הנתיבות (כו) כתב** שאף לדעת הש"ך יש לחייבו במידה שאין לסריס לשלם, משום שהוא נחשב כאחד שהיה לו להציל ולא הציל.

## היה הפקדון ממין אחד ושל הנפקד ממין אחר או שהיו ב2 מקומות שונים

**תוס'** (ב"מ מב: ד"ה ימי) **הוכיח מדברי הגמרא בגיטין** (סה:) שהאדם מקפיד בשלו כאשר אומר לו לערב ממין אחד ועירב השליח ממין אחר של הקדש, ולכן כשאמר הנפקד לסריס לקחת ממין שלו, והלך ולקח ממין אחר של המפקיד, האחריות היא על הסריס, על אף שהנפקד לא אמר לו במפורש שלא לקחת מהמין השני.
**התוספות הוכיחו גם כן מהגמרא במעילה** (כא.) שם מבואר שאפילו אם 2 הדברים הינם מאותו המין אך מצויים ב2 מקומות שונים, המשלח מקפיד על כך, ולכן האחריות היא על הסריס.
**הב"י הביא את דברי תוספות**.
**הש"ך (לט) כתב** שמפשטות הגמרא נראה שאין חילוק בין מציאות בו הדבר נמצא בבית אחד למקום שהוא נמצא ב2 בתים, וכתב שנראה שאין לדמות בין מעילה לנדון דידן, משום שבמעילה מחוייב השליח גם במידה שהוא שוגג. עוד כתב שהתוס' בגיטין תירצו שהמקרה במעילה שונה משום שהמשלח הזכיר במפורש את המין ואת המקום ואילו במקרה אצלנו הוא רק הכווין אותו מנין לקחת.
לשון השו"ע:

**מעשה באחד שהפקיד כשות אצל אחר, והיה לשומר כשות אחרים, ואמר לשמשו: מזה הכשות תשליך לתוך השכר, והלך השמש והשליך מכשות של פקדון.**
**אמרו חכמים השמש פטור שהרי לא אמר: מזה תשליך ומזה אל תשליך, ודימה שהוא מראה מקום ואינו מקפיד על זה.**
**וכן בעל הבית פטור, שהרי אמר לו: מזה השלך, ואינו משלם אלא דמי מה שנהנה בלבד.**
**לפיכך אם נעשה השכר חומץ, פטור מלשלם.**
**בין כך ובין כך חייב השומר בשבועה שכך אירע, וכן כל כיוצא בזה.**
**ואם היה כשות הפקדון רחוק ממקום הטלת השכר, ושלו קרוב, ושהה השליח לבא, והיה שם בעל הבית ולא אמר ליה דבר, חייב, לפי שכשראה אותו שוהה הוה ליה להעלות על דעתו קודם שישליכנו לתוך השכר שממקום רחוק הביאו.**
**ואם היה שומר שכר, יש מי שאומר שבין כך ובין כך חייב, שהוה ליה לפרש ולומר: לא תשליך מזה.**

## סעיף כו

### שומר שמסר לשומר

לשון הגמרא בב"מ לו.-:

אתמר, שומר שמסר לשומר:

**רב אמר**: פטור.

**ורבי יוחנן אמר**: חייב.

**אמר אביי**: לטעמיה דרב לא מבעיא שומר חנם שמסר לשומר שכר, דעלויי עלייה לשמירתו. אלא אפילו שומר שכר שמסר לשומר חנם, דגרועי גרעה לשמירתו - פטור. מאי טעמא - דהא מסרה לבן דעת.

ולטעמיה דרבי יוחנן, לא מיבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעה לשמירתו, אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר, דעלויי עלייה לשמירתו - חייב. דאמר ליה: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר.

**אמר רב חסדא**: הא דרב לאו בפירוש אתמר, אלא מכללא.

דהנהו גינאי דכל יומא הוו מפקדי מרייהו גבה דההיא סבתא. יומא חד אפקדינהו לגבי חד מינייהו, שמע קלא בי הלולא, נפק אזל, אפקדינהו לגבה דההיא סבתא. אדאזל ואתא אגנוב מרייהו.

אתא לקמיה דרב ופטריה.

מאן דחזא סבר משום שומר שמסר לשומר – פטור.

ולא היא. שאני התם, דכל יומא נמי אינהו גופייהו גבה דההיא סבתא הוו מפקדי להו.

**יתיב רבי אמי וקאמר לה להא שמעתא.**

**איתיביה רבי אבא בר ממל לרבי אמי:** השוכר פרה מחבירו והשאילה לאחר, ומתה כדרכה - ישבע השוכר שמתה כדרכה, והשואל משלם לשוכר.

ואם איתא, לימא ליה: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר!

אמר ליה: הכא במאי עסקינן - בשנתנו לו הבעלים ברשות להשאיל.

**אי הכי,** לבעלים בעי לשלומי!

דאמרו ליה: לדעתך.

**מתיב רמי בר חמא:** המפקיד מעות אצל חבירו, צררן והפשילן לאחוריו, מסרן לבנו ובתו הקטנים, ונעל בפניהם שלא כראוי - חייב, שלא שמר כדרך השומרים.

טעמא - דקטנים, הא גדולים - פטור. אמאי? נימא ליה: אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר!

**אמר רבא:** כל המפקיד על דעת אשתו ובניו הוא מפקיד.

**אמרי נהרדעי:** דיקא נמי, דקתני: או שמסרן לבנו ובתו הקטנים - חייב. הא לבנו ולבתו הגדולים - פטור. מכלל דלאחרים, לא שנא גדולים ולא שנא קטנים - חייב. דאם כן - ליתני קטנים סתמא, **שמע מינה.**

**אמר רבא: הלכתא, שומר שמסר לשומר - חייב.**

לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם, דגרועי גרעה לשמירתו. אלא אפילו שומר חנם שמסר לשומר שכר – חייב.

מאי טעמא - דאמר ליה: את מהימנת לי בשבועה, האיך לא מהימן לי בשבועה.

**הגמרא מביאה בתחלה שנחלקו רב ושמואל** האם יש לחייב את השומר שמסר לשומר.

**אביי ביאר שהמחלוקת הינה קיצונית,** כלומר לשיטת רב שפוטר, יש לפטור גם במדה ושומר שכר מסר לשומר חינם על אף שגרע משמירתו, משום שמכול מקום מסר לבן דעת, ולדעת שמואל שמחייב, יש לחייב אף במידה ושומר חינם העלה בשמירה ומסר לשומר שכר, משום שעדיין יכול המפקיד לטעון שרצונו היה שלא יהיה פקדונו ביד אחר.

**רב חסדא העיר** שרב כלל לא אמר שיש לפטור שומר שמסר לשומר, והוא פטר דווקא במציאות שמסר השומר למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו.

**ר' אבא בר ממל הקשה** על השיטה שיש לחייב במקרה שמסר לשומר מדברי המשנה שקובעת שאם שוכר השאיל פרה ומתה כדרכה, נשבע השוכר שמתה כדרכה והשואל משלם לשוכר, ומשמע שאין לחייב את השוכר על אף שמסר לאחר.

**רבי אמי השיב לו שיש לתרץ** שהמשנה עסקה במציאות שהמפקיד נתן לו רשות להשאיל לאחר בימי שכירותו ואמר שאינו מקפיד על כך, ולכן התשלום על האונסים מגיע אליו (רש"י).

**הגמרא מביאה קושיא נוספת בשם רמי בר בר חמא** מהמשנה שפוטרת שומר שמסר לבנו ובתו הגדולים, ומשמע שניתן להפקיד לאחר.

**רבא דחה את קושיתו וביאר** שההיתר הוא דווקא בבניו ובני ביתו, משום שהמפקיד, מפקיד על דעת כן (כמבואר לעיל בסעיף כא ובסעיפים שלאחר מכן) ומביאה הגמרא שאנשי נהרדעא הביאו ראיה הפוכה מברייתא זו, שדווקא בבניו הגדולים פטור ולא כשמסר לשאר אנשים גדולים.

**הגמרא מביאה שרבא הסיק להלכה** שיש לחייב את השומר שמסר לשומר.

**אך יש להעיר שהטעם שמביאה הגמרא בדברי רבא שונה מהטעם שהביא אביי לעיל בדעת ר' יוחנן**:

**אביי ביאר** שיש לחייב אף במציאות שהביא לשומר בדרגה גבוהה יותר משום שאינו רוצה שפקדונו יהיה ביד אחר.

**ואילו רבא** נימק שיש לחייב שומר שמסר לשומר משום שאינו רוצה לסמוך על שבועתו של השומר השני.

**הרי"ף** (ב"מ כ.), **תוספות** (ב"מ לו: ד"ה יאת מהימנת לי') **רא"ש** (ב"מ ג, ו) **והרמב"ם** (שכירות א, ד) **פסקו כדעת ר' יוחנן וכטעמו של רבא**: כר' יוחנן שיש לחייב את השומר שמסר לשומר, וכטעמו של רבא שזאת משום שאינו רצה לסמוך על שבועת השני.

**הרי"ף הסיק מטעמו של רבא** שבמידה ויש עדים על כך שהחפץ אכן נאנס אצל השומר השני, אין לחייב את השומר הראשון, משום שבמקרה זה המפקיד אינו יכול לטעון שאינו סומך על שבועת השני, שהרי אין צורך בשבועה.

**התוספות הביאו נ"מ נוספת לפסיקה כדעת רבא** והיא שבמידה והשומר הראשון עצמו יודע מה קרה ונשבע, הרשות בידו על אף שאין עדים. [נ"מ זו עולה במפורש בהמשך הגמרא (לו:) שם מקשה אביי לרבא על שיטתו שכאשר האונס אינו קשור לפשיעה אין לחייב משום 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס' ומקשה אביי שלפי זה אין כלל קושיא על דין שומר שמסר לשומר מדין השוכר שהשאיל פרה ומתה כדרכה שהרי בלאו הכי היא הייתה מתה (מלאך המות מה לי הכא מה לי התם) ומדוע נצרכנו לתירוצו של ר' אמי שמדובר שנתן לו רשות, והשיב רבא שלשיטתו בלאו הכי אין מקום לקושיא זו משום שבמקרה שהשומר הראשון יכול להשבע אין לחייבו שלא שייכת הסברא שאינו מאמינו בשבועה ורק לשיטת אביי זה קשה משום שלדעתו לעולם חייב משום שאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר]

**הרי"ף נדרש לכך** שלכאורה סברתו זו של אביי שרשאי המפקיד לומר שאינו רוצה שיהיה פקדונו ביד אחר, הינה סברת מוסכמת בגמרא כמבואר בגיטין כט. שאדם אינו רשאי לשלח פקדונו ביד אחר, משום שאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר.

**וביאר הרי"ף** שטעם זה נכון ברמת ה'לכתחילה', אך אין זו סיבה שתחייבו (כך גם עולה מדברי הרמב"ם שכתב בתחילה שאין למסור לאחר מהטעם שאינו רוצה שפקדונו יהיה ביד אחר, ובהמשך ההלכה לעניין החיוב ביאר שזאת משום שהשני אינו נאמן עליו ולכן כשיש עדים, פטור הראשון).

**יש לציין שתוס' והרא"ש הביאו שהר"ח חלק על דעת רוב הראשונים** וסבר שיש לפסוק כאביי שיש לחייב מהטעם שאין רצונו שיהיה פקדונו ביד אחר, ולכן אף במידה ויש עדים שאכן נאנס השני, הראשון חייב, ונימוקו משום שאנו פוסקים ש'תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב'.

**הרא"ש השיג על שיטת הר"ח והעיר עליו** שאף רבא סובר שיש לחייב על 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס' ומכול מקום פוטר משום שאינו מחשיב מסירה לבן דעת כפשיעה (ובר"ח לא מצאתי שהכריע כרבא לעומת אביי במחלוקת זו, אלא במחלוקת אם יש לחייב על אונס שאינו קשור לפשיעה כגון שיצאה לאגם ומתה כדרכה, ושם נימק זאת מהטעם שאנו פוסקים שש לחייב על 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס' והבאנו דבריו לעיל בסעיף ט בעמוד 168 עי"ש]

**השו"ע פסק כדעת רוב הראשונים** ששומר שמסר לשומר חייב רק במידה והשומר השני צריך להשבע ויכול המפקיד לומר שאינו מאמין לו, אבל אם יש עדים שהשני נאנס, או שהשומר הראשון נשבע על כך בעצמו, הוא נפטר מן החיוב וכטעמו של רבא.

## מה הדין במקרה שהשומר הראשון יכול להשבע שהחפץ נגנב אבל אינו יכול להשבע שהשני לא פשע בה או שלא שלח בה יד?

**נחלקו הנושאי כלים** אם השומר הראשון חייב להשבע גם שהשני לא פשע בה וגם שלא שלח בה יד, או שבמקרה שאינו יודע אם פשע בה השני או ששלח בה יד די בכך שישבע שהחפץ נגנב (במידה והוא שומר חינם, או נאנס במידה והוא שומר שכר, או מתה כדרכה במידה והוא שואל):

**הסמ"ע (מט) ביאר בלשון השו"ע והרמב"ם** שכל שאינו יכול להשבע שלא פשע בה השני ושלא שלח בה השני יד אינו נפטר מן החיוב.

**הש"ך (מח)** כתב שבביאורו אינו נכון בדברי השו"ע והרמב"ם משום שמבואר בסימן רצד סעיף ב (וברמב"ם שאלה ד, א) שדעתם היא שעיקר חיוב שבועה בשומרים היא על כך שהפקדון נגנב (בשומר חינם, ושנאנס בשמר שכר ושמתה כדרכה בשואל) והשבועות שלא פשע בה ושלא שלח בה יד באות רק מכוח 'גלגול שבועה' ולכן במידה ויש עדים שהחפץ נגנב אין צורך כלל בשבועה, ולכן גם במקרה שלנו אם יודע רק שהחפץ נגנב די שישבע על כך.

**עוד כתב הש"ך** שאף לדעת הרא"ש שחולק וסובר שאף השבועה שלא פשע בה יד הינה חלק מחיוב שבועת השומרים ואינה מצד 'גלגול', יודה שדי שישבע השומר הראשון שהחפץ נגנב (או שנאנס או שמתהה כדרכה) ושלא פשע בה השני, ואם אינו יכול להשבע על כך שלא שלח בה השני יד- פטור ששבועה זו באה מצד 'גלגול' אף לדעת הרא"ש.

**הש"ך כתב שיש לו ראיה** לכך שיש קשר בין השאלה מהי השבועה העיקרית, לענין השאלה אם יש לחייבו כשאינו יודע, מדברי הרא"ש (ב"מ ג, ו) שכתב שלשיטה הסוברת שעיקר שבועת השומרים היא שנגנב (או שנאנסה או שמת כדרכה), די שיביא עדים על כך, ושוב אין לחייבו להשבע שלא פשע השני ושלא שלח השני בה יד.

**אמנם הביא הש"ך שהב"ח סבר כדברי הסמ"ע** שחייב להשבע את כל שלושת השבועות בכדי להפטר.

**הקצות (יד) כתב שהעיקר כדעת הסמ"ע** וכשיטת הרמ"ה שנפסקה בשולחן ערוך בסימן עה סעיף טו שמחייבים לשלם גם על 'גלגול שבועה' כשאינו יכול להשבע, ושם כתב הש"ך בעצמו (ס"ק נא) שהעיקר כדיעה זו ואפילו במציאות שעיקר התביעה מגיעה מכוח טענת שמא[182].

**הקצות דחה את ראית הש"ך מן הרא"ש** בדבר היחס בין השאלה 'מה עיקר שבועת השומרים', לשאלה אם יש לחייבו כשאינו יכול להשבע, משום שהרא"ש דיבר במציאות שאין צורך כלל להשביע את השומר הראשון על עיקר שבועת השומרים משום שידוע לנו בעדים שהחפץ נגנב, והואיל ואין כאן מקום לשבועה פשוט שאין לחייבו על שבועת שלא שלח בה השני היד, שהרי לא גלגלנו עליו שבועה זו מעולם, ואין זה שייך לנדון דידן בו התחייב השומר הראשון להשבע שנגנב לשני ושלא פשע השני, שבזה מחוייב גם להשבע שלא שלח השני יד, ואם אינו יכול להשבע על כך יש לחייבו לשלם.

**אמנם הסתפק הקצות** אם יש לחייבו גם כשאינו יודע על כך שלא שלח השני יד, שלכאורה אין לחייבו אלא על שליחת יד שעשה בעצמו ולא על שליחת יד של חבירו, והביא שכן כתב הריטב"א במפורש (ב"מ לה: ד"ה 'השוכר פרה') ונימק זאת משום שאף אם שלח השני יד, אין לחייב את הראשון משום ש'אין שליח לדבר עבירה'.

**אך העיר הקצות** שמהרא"ש שהבאנו לעיל משמע שיש לחייבו כששלח יד, משום שכתב הרא"ש שבמציאות שיש עדים שנגנבה (או שנאנסה או שמתה כדרכה), אינו מחוייב להשבע שלא שלח השני יד משום ששבועה זו הינה מצד גלגול, ומשמע שאם היה ידוע שפשע השני יש לחייב.

**עוד כתב הקצות** שטענת הריטב"א קשה מצד עצמה שהרי מבואר בב"מ (מד.) שלעניין שליחות יד ריבה הפסוק "מעל כל דבר פשע" (שמות כב, ח) שיש שליח לדבר עבירה[183].

**על כן הסיק הקצות כדברי הרא"ש** שיש לחייב את הראשון כששלח השני יד, אלא שבמידה ויש עדים שנגנב (או נאנס או מתה כדרכה) ושלא פשע, אין לחייבו, משום ששבועה שלא שלח בה יד הינה מצד הגלגול לכ"ע.

**ולענין מציאות שאינו יודע אם שלח בה יד האריך הקצות לדון ולבאר** שפשוט שלשיטות הסוברות שלא שייך לחייבו בגלגול כשעיקר הטענה היא בשמא, שאין לחייבו בזה, וזאת על אף שלעניין שבועת 'שלא פשע בה' חידש הקצות (שמ, ד) שאם אינו יודע שלא פשע בה יש לחייבו אף לשיטה זו משום שדינו כ'איני יודע אם פרעתיך' שאינו יודע אם שמר כראוי, מכול מקום לענין שליחות יד, פשוט שדינו כ'איני יודע אם נתחייבתי' (והוכיח כן מדברי הנמוק"י בב"מ נו.) אך מכול מקום לשיטה הסוברת שלעולם יש לחייב כשאינו יכול להשבע על טענת הגלגול, יש לחייבו אף כשאינו יודע אם לא שלח בה יד, אלא שלפי זה לעולם יש לחייב שלא שייכת מציאות שיוכל לדעת בוודאות שהשני לא שלח בה יד לרגע, ועל כרחך שהשו"ע אינו סובר כדיעה זו, או משום שסובר שכשהטענה העיקרית היא בשמא אין לחייב על הגלגול כשאינו יכול להשבע, או משום שסובר שלעולם אין לחייב על הגלגול כשאינו יכול להשבע [וכשחייב השו"ע כשלא יכל להשבע שאכן הפרה נאנסה היה מדין 'איני יודע אם פרעתיך].

**הנתיבות (לב) הסכים עם מסקנת הקצות** שיש לחייב את השומר הראשון על שליחות יד של השני, אך הנתיבות לא דן בזה מכוח 'שליח לדבר עבירה', אלא משום שלא גרע ממציאות שהיה גונב מביתו של השומר הראשון, שצריך הראשון להשבע על כך שנגנבה הפרה ממנו.

**כמו כן עולה מדברי הנתיבות שהסכים עם דברי הקצות** שבמידה והשומר הראשון אינו יכול להשבע שלא פשע השני, יש לחייב את הראשון.

**אך לענין שליחות יד סבר הנתיבות,** שאין לחייב את הראשון על כך שלא יכול להשבע שהשני לא שלח בה יד, וכתב הנתיבות שבזה צדק הש"ך, משום ששליחת היד של השני, אינם בגדר הדברים המוטלים על השומר הראשון מחובת השמירה, והרי זה טענה חדשה שמא שלח בה יד השני, וכל הטוען טענה חדשה עליו הראיה.

**לסיכום:**

**מדברי הסמ"ע והב"ח נראה** שבכדי שהשומר הראשון יפטר הוא צריך להשבע ג' שבועות- שנגנבה (נאנסה או מתה כדרכה), שלא פשע בה השני, ושלא שלח בה השני יד.

**לדעת הש"ך** די שישבע על עיקר שבועת השומרים (לדעת הרמב"ם והשו"ע שנגנבה [נאנסה או מתה כדרכה] ולדעת הרא"ש גם שלא פשע בה].

**הקצות מצדד עקרונית בדעת הב"ח והסמ"ע** שצריך להשבע את כל השבועות, משום ששייך דין 'מתוך שאינו יכול להשבע- משלם' אף בשבועת גלגול, אלא שטוען כי מציאותית לא ניתן לצייר

---

[182] ועיין שם בס"ק נב שהצדיק הש"ך את דברי הסמ"ע והב"ח שכתבו שזה דווקא במציאות שעל עיקר השבועה יכול להשבע ואינו יודע על הגלגול כמו במקרה שלנו, ושם הביא הקצות (טו) שזה היפך שיטת הפנ"י [ב"מ צז. ד"ה 'בא"ד וע"י גלגול ישבע'] שסבר שבמקום שעל עיקר השבועה אינו יודע, יש לחייבו אף על הגלגול, אך כשעל עיקר השבועה הוא יכול להשבע, אין לחייבו על הגלגול, ושיטה זו נראית שווה לדברי הש"ך אצלנו ושלא כדבריו בסימן עה.

[183] וכתב ר' דניאל ווסטברוק:

**אלא שלולא דברי הרא"ש והריטב"א והקצות הייתי אומר שאף שיש שליח לדבר עברה, אם לא צוה לשני לשלוח יד לא מתחייב.**

כמעט מצב שיוכל הראשון להשבע שהשני לא שלח בה יד, ולכן צריך לומר שסבר השו"ע שאין לחייב מדין 'משואיל"מ' במקרה זה, או משום שעיקר השבועה היא באה מטענת שמא בלבד, או משום שלעולם אין לחייב על גלגול מדין 'משואל"מ' [וכשחייב השו"ע כשלא יכל להשבע שאכן הפרה נאנסה היה מדין 'איני יודע אם פרעתיך].
**מדברי הנתיבות עולה שאף הוא סובר** שאם השומר הראשון אינו יכול להשבע שלא פשע השני, הוא מחוייב לשלם, וזאת אף לשיטות הסוברות שאין זו עיקרה של שבועת השומרים, אך אין לחייבו על כך שאינו יודע אם שלח בה השני יד, משום שזו טענה חדשה שאין שייכת לשבועת השומרים.

## שומר שמסר לאדם שרגיל המפקיד להפקיד אצלו

**הבאנו לעיל את דברי רב חסדא שביאר בדעת רב,** שאף רב מודה ששומר שמסר לשומר- חייב, ורב פטר דווקא במציאות שהפקיד השומר הראשון אצל אדם שרגיל המפקיד להפקיד אצלו.
**בעקבות כך פסקו הרמב"ם** (שכירות א, ד) **והשו"ע** שאם מסר למי שרגיל להפקיד אצלו המפקיד- פטור.
**וכתב הרא"ש** (ב"מ ג, ו) שנראה שכל שלא ידוע שהמפקיד רגיל להפקיד אצל אותו אדם, חייב הראשון אף אם ידוע שהשני אדם טוב וכשר יותר מן הראשון, משום שעדיין יכול המפקיד לטעון שאין לשני להאמין עליו אדם בשבועה שאין לו עסק עמו, **וכן פסקו הטור והשו"ע.**
**הב"י הביא את דברי המהר"י וייל** (סימן לא) **שדקדק מלשון הרמב"ם** שאם רגיל המפקיד להפקיד אצל אדם מסויים רק לפרקים, אין זה נחשב כאדם שרגיל להפקיד אצלו, ודקדק מכך שכתב הרמב"ם: "אם היה דרך הבעלים להפקיד **תמיד** דבר זה אצל השני."
**אמנם הב"י השיג על דקדוקו של המהר"י וייל** וכתב שנראה שלשון 'תמיד' אינה בדווקא והשתמש בלשון הגמרא - דהנהו גינאי דכל יומא הוו מפקדי מרייהו גבה דההיא סבתא'- וכן ניתן לומר שהרמב"ם בא למעט מציאות שמפקיד אצל אותו אדם רק בשעת חירום, או שבא למעט מציאות שהיה רגיל להפקיד אצלו ואח"כ נעשה עני או חשוד שיתכן שכבר אינו מאמינו(וכפי שכתב הריטב"א [ב"מ לו. ד"ה 'שאני'] במפורש שאם נתן לו לאחר שנעשה חדושמחוייב לשלם, וכתב הושב הכהן [סימן יז] שהוא הדין במקרה שרק הורעה חזקתו). וכתב הב"י שמהמשך דברי הרמב"ם משמע שאין זה בדווקא, שכתב: "שהרי הוא אומר לבעלים זה הדבר... אמש הייתם מפקידים אותו אצל זה.." וטענה זו שייכת גם כשמפקיד לפרקים.
**ובבדק הבית הוסיף להקשות על דברי המהר"י וייל** שלפי דיוקו היה צריך לומר שרק כשמפקיד אצלו תמיד בלי הפסיק של יום, יש להחשיבו כמי שרגיל להפקיד אצלו, וזה דבר שלא יעלה על הדעת.
**הסמ"ע (מו) כתב אף הוא** שלשון תמיד אינו בדווקא, ובא למעט מציאות שלרוב מפקיד אצל אחרים.
**הב"י המשיך לדון בלשון הרמב"ם** במה שכתב: 'אם היה דרך הבעלים להפקיד תמיד **דבר זה**', שלכאורה משמע מדבריו שצריך שיהיה רגיל להפקיד דוקא את אותו החפץ, והרמב"ם חזר על זה וכתב: ' שהרי הוא אומר לבעלים זה הדבר שהפקדתם אצלי'.
**וכתב הב"י שאפשר לומר** שאין צורך שיהיה רגיל להפקיד אותו חפץ ממש, אלא שהיה רגיל להפקיד עד שווי זה, וסיים הב"י: 'ודבר זה צריך תלמוד'.
**ואף לזה הסכים הסמ"ע (מז).**

## שלח לאומן חפץ ע"י שליח לתיקון והחזירו האומן לשליח.

**הפת"ש (טז) הביא את דברי הושב הכהן** (סימן יז) **שכתב** שבמקרה ששלח לאומן חפץ לתיקון, והחזירו האומן לשלח, הוא פטור, ודינו כנותן למי שרגיל להפקיד אצלו, ונראה שבמקרה זה אף המהר"י וייל שסובר שצריך שיהיה רגיל להפקיד אצלו תמיד יודה, הואיל והשיב לו את אותו החפץ ממש.
**אך הביא הפת"ש שהמשאת בנימין** [חידושי דינים לטור חו"מ סימן ז] **הביא שכתוב בתשובת הגאונים** (הקצרות סימן קנב) שיש לחייבו במקרה זה.
**ונשאר הפת"ש בצ"ע.**

## מיעט בשמירה

## מסר למי שרגיל להפקיד אצלו, אלא שהראשון שומר שכר והשני שומר חינם

**הרמב"ם** (שכירות א, ד) **כתב** שכל הפטור במציאות שמסר למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו, זה דווקא כשלא 'מיעט בשמירתו', וביאר שהכונה שאם הוא שומר שכר אינו נפטר כששמר לשומר חינם, על אף שזהו אדם שרגיל המפקיד להפקיד אצלו, ונימק זאת בזה הלשון: 'הואיל ומיעט שמירתו, פושע הוא ומשלם' (לקמן נתייחס לשאלה האם לדעת הרמב"ם הוא מוגדר כפושע ממש, או רק לעניין כך שהשני אינו יכול להשבע במקומו).

**הב"י הביא את דברי רבינו ירוחם** (נתיב ל חלק ב) **שכתב שרוב הפוסקים תמהו על הרמב"ם**, שהיות והבעלים רגילים להפקיד אצל השני, אין להגדיר את הראשון כפושע, על אף שמיעט בשמירתו, **וכן עולה מדברי הרמב"ן שכתב בפשטות** (לו. ד"ה 'שומר שמסר לשומר'), שאם ישבע השני שמתה כדרכה יפטר גם הראשון, **וכן כתב הרשב"א** (ב"מ לו. ד"ה 'ומיהו')

**הרשב"א התייחס לכך שלכאורה היה מקום לדייק כדברי הרמב"ם מדברי אביי** שאמר בדעת ר' יוחנן שלא רק במציאות שמיעט בשמירתו יש לחייב שזהו דבר פשוט [לשון הגמרא: 'לא מיבעיא'], אלא לדעת ר' יוחנן יש לחייב אף כשלא מיעט משום שיכול לומר שאין ברצונו שיהיה פקדונו ביד אחר, ומשמע שכשמיעט בשמירתו יש לחייב, אף ללא טעם זה (והוא הדין גם ללא טעמו של רבא שלא האמין את השני בשבועה).

**אך הרשב"א דחה זאת וכתב**: 'והא דאמר רבא לא מבעיא שומר שכר שמסר לשומר חנם דגרועי גרעיה לשמירתו לאו למימר דהיכא דגרעיה חשבינן ליה פושע אלא לא נפקא מינה מידי לענין דינא אלא לאלומא לטענתיה קאמר דמ"מ גרע שומר בשמירתו'.

**השו"ע פסק כדברי הרמב"ם** שיש לחייב את המפקיד למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו כאשר מיעט בשמירתו.

**הש"ך (מו) הביא אפשרות** שאף הרמב"ם מודה שאם ישבע השומר השני שהבהמה נאנסה הוא יפטור את השני, והסיבה שהרמב"ם לא הזכיר שניתן לפוטרו ע"י שבועת השני, אלא על ידי עדים כפי שנביא לקמן, זה מפני שהרמב"ם התייחס גם למקרה שהוא מסר גם לאדם שלא האמינו המפקיד.

**אך הודה הש"ך** שאין זה פשט הרמב"ם משום שהרמב"ם נימק שחייב משום שפשע, ומכול מקום הסיק שהעיקר להלכה שלא כרמב"ם אלא כדעת שאר ראשונים, שיכול השני לפטור את הראשון בשבועה, ודייק כן גם מדברי הרא"ש (ב"מ ג, ו) שכתב שאין להגדיר את השומר שמסר לשומר כפושע, אף במידה ומסר למי שלא האמינו (ומכאן הסיק לכאורה שכשהאמינו פשוט שיכול לפוטרו בשבועה).

**המחנה אפרים** (שומרים לא הובא בפת"ש כא) **סבר בדומה למה שהעלה הש"ך בתחלה** שאף הרמב"ם מודה שיכול הראשון להפטר בשבועת השני, וביאר שהסיבה שהרמב"ם כתב שצריך להביא ראיה, זה במציאות שהשני אינו רוצה להשבע.

## מיעט בשמירה ויש ראיה שהשני שמר כראוי, מתי נפטר השומר הראשון, ומדוע לא יכול להפטר בשבועתו של השני?

**הבאנו לעיל שהרמב"ם ובעקבותו השו"ע פסקו** ששומר שמסר למי שרגיל המפקיד להמפקיד אצלו ומיעט בשמירתו, חייב לשלם.

**אמנם בהלכה הבאה** (ה) **סייג הרמב"ם** (ובעקבותו השו"ע) **את דבריו וכתב** שבמידה ויביא השומר השני 'הראייה שיפטר בה שומר ראשון כדין שמירתו הרי זה פטור'.

**מפשטות לשון זו משמע** שדי שהשני יביא ראיה לכך ששמר כראוי לשמירתו של הראשון, כגון שאם הראשון היה שומר שכר והשני שומר שכר, צריך השני להביא ראיה נאנס שבזה גם הראשון היה נפטר.

**אך דוגמאתו של הרמב"ם מעוררת קושי**, וזה לשונו: 'כיצד שומר שכר שנתן הבהמה השמורה אצלו לש"ח אם הביא השומר השני עדים שמתה הבהמה כדרכה הרי השומר הראשון פטור וכן כל כיוצא בזה'.

**מלשון זו של הרמב"ם עולה לכאורה** שלא די בכך שהשני יביא ראיה על כך שנאנס, אלא צריך להביא ראיה שמתה כדרכה, והיה ניתן להבין שכל שלא מתה כדרכה, יש לחייבו אף במידה ונאנס השני, הואיל ו'תחלתו בפשיעה וסופו באונס', ורק במידה ומתה כדרכה יש לפוטרו, משום שהאונס אינו קשור לפשיעה והבהמה הייתה מתה בלאו הכי, שבמקרה זה פטור כמבואר לעיל בסעיף ט.

**סיבה נוספת להבין בדברי הרמב"ם** שיש לחייב אף במידה ונאנס השני, היא משום שאם יש לפטור גם במידה ונאנס השני, כלל לא מובן מדוע יש לחייב את הראשון כשלא הביא השני ראיה, והלא המפקיד מאמינו ומדוע לא די בכך שישבע השני, שהרי במקרה זה לא שייכת הסברא שיכול המפקיד לומר שהאמינו לראשון ולא לשני.

**הלחם משנה נגע בבעייתיות זו ברמב"ם** והציע בתחילה שהרמב"ם סבר שהשומר מוגדר כפושע ממש, ולכן יש לחייבו אף במידה ותהיה ראיה ברורה שנאנסה הבהמה ואין לפוטרו אלא כשמתה כדרכה שבזה האונס אינו שיך להיזק.

**אך כתב הלחם משנה שזה ביאור דחוק ברמב"ם**.

**ולכן הציע הלחם משנה לבסוף** שלדעת הרמב"ם אין להגדיר זאת כ'תחלתו בפשיעה וסופו באונס' משום שאין קשר בין האונס לפשיעה, משום שיכול הנפקד לומר למפקיד שגם אם היה המפקיד עצמו נותן לשומר השני לשומרו בשכר הוא היה נאנס (אך עדיין נצרכים אנו לבאר מדוע אינו יכול להפטר מכוח שבועת השני).

**הש"ך (מו) הסיק שדווקא העיקר בדברי הרמב"ם כפירושו הראשון של הלחם משנה** (אמנם לא הביאו בשמו) וכפי שביארו המהרא"ש והמהרש"ל בדברי הסמ"ג שיש להגדיר את השומר הראשון כפושע ורק במידה ומתה כדרכה פטור, משום שהאונס אינו קשור לפשיעה.

**וכבר הבאנו לעיל שלהלכה הסיק הש"ך שלא כרמב"ם** ושאין להגדירו כפושע, ויש לפוטרו אף ע"י שבועתו של הראשון, ואין צורך בעדים או ראיה.

**הושב הכהן** (סימן טו הובא בפת"ש כא) **סבר אף הוא שהעיקר בדברי הרמב"ם** שיש להגדירו כפושע, ולכן יש לפוטרו רק במדה ומתה כדרכה, אך ביאר הושב הכהן שסבר הרמב"ם שברמת העקרון יכל השומר הראשון להפטר מכוח שבועתו של השומר השני, שהרי המפקיד האמין לשני, אלא שלענין זה שמתה כדרכה, לא ניתן להסתמך על שבועת השני, משום שהוא שומר חינם והיה נפטר אף אם הייתה הבהמה נגנבת או נאבדת, ועל כן השבועה על כך שהבהמה מתה כדרכה אינה שבועה חמורה של שבועת השומרים, אלא רק שבועת ביטוי, ויכול המפקיד לומר שבשבועה זו לא היה מאמינו, וכתב הושב הכהן שמכול מקום יש נ"מ לזה שהאמינו, והוא שדי שיביא עדים שמתה כדרכה, ואין צורך לברר שלא פשע בה, שבזה המפקיד אכן מאמין לשומר השני, ויכול הראשון להפטר בשבועת השני.

**הושב הכהן הכריע שהעיקר כדעת הרמב"ם.**

**הקצות (יב) צידד בדעת הרמב"ם ובניגוד לדעת הש"ך והושב הכהן ביאר הקצות** שהרמב"ם אינו מגדיר את השומר הראשון כפושע, ועל כן לדעת הקצות יש לפטור את השומר הראשון מכול אונס שהוא, אלא שאינו יכול להפטר ע"י שבועת השני. וביאר הקצות שזאת משום שהשומר השני יכול לפוטרו בשבועה רק במידה ונכנס תחת שמירתו של הראשון, והשומר השני נכנס תחת שמירתו רק ביחס לשבועה שלא פשע, ולא ביחס לשבועה שלא נגנב, ודימה זאת לכך שפשוט שלא יוכל סתם אדם שנאמן על בעה"ב להשבע במקום השומר על כך שהחפץ לא נגנב, אלא רק מי שנכנס תחתיו בשמירה יכול להשבע.

**הקצות נגע בכך שיש קושי בביאורו**, משום שלדעת הרמב"ם עיקר חיוב שבועת השומרים היא שאינה ברשותו, ובזה אין חילוק בין שומר חינם לשומר שכר, ומדוע שלא יפטור שומר החינם את שומר השכר.

**ויישב הקצות** שמלבד שלדעת המהרח"ש (תורת חיים א, עג) הרמב"ם סובר שאף השבועה שלא פשע הינה מעיקר השבועה, אף לדעת המ"מ והשו"ע החולקים וסוברים שלרמב"ם השבועה העיקרית היא רק שאין החפץ ברשותו, מכול מקום כל עוד השומר הראשון אינו יודע בבירור שהחפץ נאנס דינו כאומר 'איני יודע אם פרעתי שחייב לשלם', ועוד שגם בגלגול שבועה, יש לחייב כשאינו יכול להשבע על כך, וכפי שכבר בארנו לעיל, שלדעת הש"ך חייב אף כשעיקר השבועה הגיע מכוח טענת שמא.

**הנתיבות (לא) כתב שהקצות דרך קצת בדרך הנכונה** בכך שביאר שהסיבה שהשני אינו פוטר את הראשון, היא משום שהשני לא עמד תחת הראשון.

**אך הנתיבות השיג על הקצות** בכך שכתב שזאת משום שהראשון מחוייב בשבועת שלא פשע ולא מקבלים שבועתו על כך שנאנס, שהרי במקרה שמתה הבהמה פשוט שאף שומר חינם ישבע על כך שמתה הבהמה, ומדוע שלא תתקבל שבועתו גם לענין השומר הראשון.

**אלא ביאר הנתיבות** שכל הסיבה שהשני פוטר את הראשון בשבועתו, היא משום שאנו מניחים שהמפקיד הסכים לקבלו כשומר היות והוא נאמן עליו, ולכן גם לדעת הרמב"ם (שאלה ד, ט) אין לחייב את השומר הראשון, על אף שאין לשני ממה לשלם, משום שהשני נעשה שומר של המפקיד, ובמציאות שלנו שגרע משמירתו, פשוט שהמפקיד לא היה מסכים לקבל את השני כשומר, וממילא לא תועיל שבועתו לפטור את הראשון.

[**ר' חיים מבריסק** (חידושי ר' חיים הלוי שכירות א, ד) **הציע התחילה לבאר ברמב"ם בדומה לדברי הקצות** שבכדי שהשומר השני יפטור את הראשון, הוא צריך להיות מחוייב באותה שבועה.

**אך ר' חיים דחה ביאור זה** מכך שכתב הרמב"ם שהשני אינו פוטר את הראשון משום שהראשון פשע, ולפי ביאור זה אין זה שייך לפשיעה, אלא לכך שאינו מחוייב באותו שבועה.

**על כן ביאר ר' חיים** שכל הסיבה שהשומר השני פוטר את הראשון הוא משום שהוא עומד במקומו של השני, וכאן אינו עומד במקום השני, ודומה בזה לדבריו של הנתיבות, אלא שר' חיים לא תלה זאת בכך שהמפקיד לא היה מוכן לקבל את שמירת השני, אלא שבשביל שהשני יעמוד במקום הראשון הוא צריך להשלים את חובות השמירה של הראשון, וכל שלא עמד במקומו היות וחיוביו פחותים, לא נפט ר הראשון מן השמירה, ודינם כשני שומרים שונים שאין האחד פוטר את חבירו, וכך ביאר את לשון הרמב"ם שכתב: 'פושע הוא ומשלם', שהיות ולא העמיד את השומר השני תחתיו, ופשע בהעבירו למי שלא מילא חובתו, לא נפטר מחובת השמירה, ואינו נפטר בשבועתו של השני].

**עד כאן דנו בדעת הרמב"ם** שכותב שבמידה ויש עדים ששמר השני כראוי, פטור הראשון.

**אך הש"ך (מו) הביא שהמהרש"ל** (ב"ק א, לב) **חלק על הרמב"ם** וסבר שהיות והראשון פשע בכך שמסר לשני, יש לחייבו אף במידה ויבואו עדים שיעידו שנאנס השני, הואיל ותחלתו בפשיעה, וכבר הבאנו לעיל שהש"ך עצמו כתב שהעיקר כדעת הראשונים שסוברים שאף ע"י שבועת השומר השני נפטר הראשון, ומכול מקום הבאנו שסבר שהרמב"ם עצמו סבר כדעת המהרש"ל (שלא כפי שהבינו המהרש"ל בעצמו) ובאמת לשיטתו אין לפטור את השומר השני באונס רגיל, אלא רק במציאות שמתה כדרכה שבזה האונס אינו קשור לפשיעה.

## סיכום- מיעט בשמירה

**הרמב"ם פסק** שאם מיעט השומר בשמירה כגון שהוא שומר שכר ומסר לשומר חינם, יש לחייבו אף במידה ומסר למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו, אך במידה ויש עדים ששמר השני כראוי באופן שהראשון יפטר, פטור הראשון, **וכן פסק השו"ע.**

**רבינו ירוחם הביא שראשונים רבים חלקו על הרמב"ם וסברו** שלעולם יכול השני לפטור את הראשון, ואין להגדיר את הראשון כפושע שמסר לבן דעת, וגם השני נאמן על המפקיד ופוטר את הראשון מן השבועה, וכן הכריע הש"ך להלכה.

**בדעת הרמב"ם ישנם הסברות רבות:**

- **המחנה אפרים סבר** שהרמב"ם מודה לשאר ראשונים שהשני פוטר את הראשון ע"י שבועה, והרמב"ם דיבר במציאות שהשני אינו רוצה להשבע (הש"ך העלה אפשרות דומה וכתב שהיא דוחק).
- **המשנה למלך סבר** שלדעת הרמב"ם השומר הראשון פושע, ומכול מקום אין לחייבו מדין 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס' משום שהאונס אינו קשור לפשיעה, שגם אם היה השומר שני מקבל שכר מהפקיד האונס היה קורה באותו מידה (אך הוא לא ביאר מדוע השני אינו יכול לפטור את הראשון בשבועה).
- **הש"ך כתב** שהפשט בדברי הרמב"ם הוא שהראשון פושע ממש, ולכן אף נאנס השני יש לחייב את הראשון, ורק במידה ומתה הפרה כדרכה, פטור הראשון משום שהאונס אינו קשור לפשיעה מהטעם ש'מלאך המוות מה לי הכא מה לי התם' כמבואר בסעיף ט. [וכן סבר המהרש"ל להלכה, אך סבר שהרמב"ם אינו סובר כן.]
- **הושב הכהן** הסכים לביאור הש"ך שהראשון מוגדר כפושע ומחוייב על כל אונס הקשור לפשיעה, אלא שסבר שמכול מקום הוסיף הרמב"ם שהשני יכול לפטור את הראשון משבועת שלא פשע במידה ומתה כדרכה, אך אינו פוטר אותו משבועה שמתה כדרכה, משום ששבועתו בזה הינה שבועת ביטוי שהיא קלה משבועת השומרים ובזה לא האמינו המפקיד.
- **הקצות הבין בדעת הרמב"ם** שהראשון אינו מוגדר כפושע, ופטור בכל אונס שקרה לשני, ומכול מקום השני אינו יכול לפטור את הראשון משום שהחיוב של שבועת השני אינו דומה לחיוב של שבועת הראשון.
- הנתיבות כתב בדומה לקצות שהשני אינו פוטר את הראשון משום ששבועתו אינה עומדת במקום שבועת הראשון, אך לא מטעם שהשבועות שונות, אלא שהמפקיד לא היה מוכן למנותו כשומר, הואיל ושמירתו פחותה.
- [ר' חיים כתב שהשני אינו פוטר את הראשון, משום ששמירתו אינה ממלאת את תפקיד שמירת הראשון, וממילא הוא אינו עומד במקומו, ודינם כשני שומרים שונים ששבועתו של האחד, אינה פוטרת את השני]

## מסר למי שרגיל המפקיד לשמור אצלו ופטרו אפילו מפשיעה

**הקצות (יג) הביא את דברי תוספות** (ב"מ צג: ד"ה 'אי הכי') **שכתבו בדעת רב** הסובר שיש לפטור שומר שמסר לשומר, שיתכן שהוא הדין במציאות שמסר לשומר חינם ופטרו מפשיעה, משום שסתם בן דעת רגיל לשמור הרבה אפילו מדברים שאינו חייב, [ונראה שרצה הקצות לומר שבמציאות שהביא עדים שלא פשע שיפטר הראשון].

## הנותן לאורג צמר שיארוג לו בגד ומסרו לאורג אחר, וטוען בעה"ב שמא נשאר אצלו צמר

**הפת"ש הביא את דברי המבי"ט** (ג, כג) **שכתב** שבמקרה מסר אדם צמר לאורג שיארוג לו בגד ומסרו לאורג אחר, וטוען בעה"ב שנראה לו שלא השתמש השני בכל הצמר, שהאורג הראשון חייב משום שדינו כשומר שכר, ושומר שמסר לשומר חייב, ועל אף שאין בטענת בעה"ב בכדי לחייבו שבועת השומרים מהתורה, מכול מקום יכל להחרימו שלא נשאר אצלו צמר, ויכול בעה"ב לטעון שהאמין בחרם לאורג הראשון ולא לשני.

**עוד הביא הפת"ש שהשער משפט** (ס"ק ה ד"ה 'ומה מאוד נפלאתי') **האריך להשיג על דברי המבי"ט** שהיות והמפקיד אינו יודע בוודאות אם נשאר צמר, הוא אינו יכול להוציא ממנו ממון, וגם במציאות שהשומר פשע בוודאות, אינו יכול להוציא ממנו כשאינו יודע כמה היה שווה הפקדון.

**אך הודה השער משפט** שאם היה טוען כן בברי, היה יכול לחייב את האורג הראשון, ואין לדמות זאת למקרה שהמפקיד טוען שנגנב לו דבר מהפקדון, והנפקד טוען שאינו יודע, משום שבמקרה שטוען שאינו יודע שנגנב דינו כאומר 'איני יודע אם נתחייבתי', אבל במקרה שנתן לו צמר במנין והאורג לא יודע בוודאות שהשיב את כל הצמר, דינו כאומר 'איני יודע אם פרעתי' וחייב לשלם.

## שומר שמסר לשומר ופשע השני אם יכול המפקיד לגבות חובו מהשני

**המהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק י, א) כתב שכל דבר שנמצא אצל אדם ואינו בבעלותו אם הזיקו, יכול בעל החפץ לגבות ממנו ישירות, ולאו דווקא ממי שנתן לו, והמחזיק בחפץ אינו יכול לטעון לבעל החפץ שאינו בעל דברים שלו.

**והש"ך (מא) הביא את דבריו** ביחס לשומר שמסר לשומר ופשע השני שיכול המפקיד לגבות מהשני, אם ירצה.

דין זה נלמד מדברי רב חסדא בב"ק (קיא:):

'גזל ולא נתייאשו הבעלים, ובא אחר ואכלו ממנו, רצה - מזה גובה, רצה - מזה גובה;

מאי טעמא? כל כמה דלא נתייאשו הבעלים, ברשותיה דמריה קאי.

**והביא המהרש"ל שכתב המרדכי** (ב"ק סימן קמב) שהסכימו כל הגדולים שדין זה נכון לכל ממון שלא נקנה ביד שהוא בידו.

**המהרש"ל כתב שבספר החכמה הביא ראיה לזה מדין המשנה בב"מ** (לה:) שם סבר ת"ק שהשוכר פרה מחבירו, והשאילה לאחר ישבע השוכר שמתה כדרכה והשואל ישלם לשוכר, ור' יוסי אמר: 'כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו? אלא, תחזור פרה לבעלים'.

ושם דנה הגמרא מדוע לדעת ת"ק המשכיר אינו יכול לעשות דין עם השואל? ומשיבה שהשוכר כבר קנה זכותו בשעת מיתה, ומכול מקום עולה שיכול המשכיר לעשות דין עם השואל ואינו יכול לטעון לו שאינו בעל דברים שלו, אילולא שכבר זכה השוכר בשעת מיתה

**והוסיף המהרש"ל** שגם אם השומר הראשון נמצא יחד עם השומר השני, אין לפטור את השני מדין שמירה בבעלים [אך העיר ר' דניאל ווסטברוק שנראה שכל שאינו יודע שהחפץ אינו של הראשון אין לחייבו שהרי כשקיבל את החפץ לא התכוון להתחייב, היות וחשב שהבעלים עמו].

**הש"ך הביא בקצרה** שיש לדמות את המקרה שלנו לגזל, ולא הזכיר את ראיית המהרש"ל מהמשנה בב"מ לה: לגבי משכיר ושואל.

**והנתיבות (יז) העיר** שאין לדמות לדין גזל ששם מדובר שהזיק חפץ חבירו, ואילו במקרה שלנו לא מתחייב אדם בפשיעה אלא אם כן קיבל חיוב שמירה, ולכאורה מעולם לא קיבל שמירה ביחס לבעלים, ונראה שחייב לבעלים רק רק מדין 'שעבודא דר' נתן'.

**וכתב הנתיבות** שיש לדמות זאת לדין המשנה בב"מ לה: שהשואל מתחייב לראשון (ונראה שכוונתו למשכיר שהרי נפסק כר' יוסי, אלא שלשונו אינה ברורה בזה, כמו כן הנתיבות לא התייחס לראיית ספר החכמה, שעולה מהגמרא שאף לדעת ת"ק שלולא שכבר זכה השוכר, היה המשכיר יכול לעשות דין עם השואל ועיין בשו"ת דברי שלום חו"מ ג, נז)

## שומר שמסר למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו, ולא מוכן השני להשבע או שהלך לו

**הב"י הביא את דברי תלמידי הרשב"א** שדנו במציאות שהפקיד אדם אצל בני ביתו או למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו, והשני אינו מוכן להשבע, או שהלך לו. הדיון התנהל בעיקר כששומר שכר מסר לשומר חינם לשיטתם שגם במקרה זה יכול הראשון להפטר בשבועת השני ושלא כרמב"ם) והשני אינו מוכן להשבע שנגנב או נאבד, או שלא מוכן להשבע שלא פשע או שהלך לו:

**דעת מורו הר"ש** שהראשון חייב, ואינו יכול לטעון שמא באונס מתה, או בפשיעה וחייב השני.

**אך הביא ש'דעת רבינו'** שאם השני אינו רוצה להשבע או שהלך לו הראשון פטור, ודינו כאומר 'איני יודע אם נתחייבתי לך'.

הרמב"ן (ב"מ לו. ד"ה 'שומר שמסר לשומר') כתב במפורש כדעת ה'ר"ש' שאם השני אינו מוכן להשבע, מתחייב הראשון.

**ובנמוק"י** (ב"ק לח.) **נראה שסובר כדעת 'רבינו' שפוטר, שם כתב בשם הרא"ה** שהשואל חמור מחברו כדי ששלוחו ירכב עליו, ומת החמור בדרך ויש ספק אם היה מחמת מלאכה או לא, פטור. שמכיוון שאינו חייב עד שעת האונס, דינו כאומא כאומר 'איני יודע אם הלויתני' (ושם כתב שאם השאיל השואל לאחר שלא ברשות חייב, משום שהוא מתחייב משעת פשיעה ואין כאן מקומו)

**הש"ך (מד)** כתב שהעיקר כדעת ה'ר"ש' שיש לחייב את הראשון, שהיות ונעשה שמר, דינו כאומר איני יודע אם פרעתיך.

**הש"ך הוכיח כן** מכך שנפסק ששומר שמסר לשומר חייב מהטעם שהמפקיד יכול לומר שאינו מאמין לשני, וכל שכן כאן שאינו רוצה להשבע (ולכאורה דבריו תמוהים ששם הגמרא עסקה כשמסר למי שאינו רגיל להפקיד אצלו, וצ"ע), וכתב הש"ך שמוכח מדברי הרא"ש הטור והרמ"א בסימן שם שחולקים על הרמ"ה וסוברים שאם אינו יודע אם מתה מחמת מלאכה, חייב השואל, שכתבו שאם לא הרגיש השואל בשעת מלאכה שנתייגעה או נתחממה, אינו יכול להשבע שמתה מחמת מלאכה..

**וכתב הש"ך לדחות את דברי הנמוק"י** שלמד מכך שנכסי השואל משתעבדים רק משעת האונס, שהחיוב לא חל קודם הנזק, וביאר שאין זה נכון ומשעה ראשונה מחוייב להחזיר את החפץ עצמו, ורק משעת הנזק מחוייב לשלם מנכסיו, ולכן גם קודם שעת הנזק דינו כאומר 'איני יודע אם החזרתי' שחייב לשלם.

**הש"ך הביא שהמהרש"ל השיג על הנמוק"י מכוון אחר וסבר** שבמידה וטוען המפקיד בטענת ברי שלא מתה מחמת מלאכה, חייב השואל כדין האומר לא פרעת בברי והנתבע אומר איני יודע אם פרעתי, אך במידה ואף המפקיד טוען טענת שמא, פטור גם אם מסרו לאחר, כדין שמא ושמא בטענת איני יודע אם פרעתיך.

**והשיג עליו הש"ך** שנראה שנשמט ממנו דברי הרא"ש הללו, וכתב שיתכן שסבר המהרש"ל שיש לחלק בין המקרים אך אין נראה לחלק, ולכן להלכה כל שאינו יודע בוודאות, חייב לשלם.

**הקצות בסימן שמ** (ס"ק ד) **הכריע שלא כש"ך ושלא כמהרש"ל אלא כדעת הרא"ה**, וביאר שאין להחשיב את הספק אם מתה מחמת מלאכה כטענת 'איני יודע אם פרעתיך', משום שהחיוב חל רק בשעת האונס, ואין לומר שקודם האונס מחוייב להחזיר את החפץ, משום שקודם האונס אינו מוטל עליו שום חיוב החזרה והבעלים מחזרים אחר שלהם בכל מקום שהוא, ואף לשיטה הסוברת שהחיוב משעת משיכה, כבר ביאר הריטב"א שאין הכוונה שהחיוב חל ממש משעת משיכה, אלא שמשעת שעה שיפשע ישתעבדו נכסיו למפרע משעת משיכה.
**כמו כן דחה הקצות את טענת המהרש"ל** שאם טוען המפקיד טענת שמא, יש לפטור גם במידה ושלח ע"י אחר, אין זה נכון, הואיל ובשעה זו כבר פשע, וגם אין לומר שפטור משום שזוהי טענת שמא ושמא, משום שהרא"ה סבר כמשנה למלך (שאלה ד, א), שכל שלא היה לתובע לדעת, אין לפטור את הנתבע בטענת שמא, [עיין בזה בסיכומינו לסימן עה סעיף ט].
**אך התקשה הקצות** מדוע שלא התחייב השומר מדין 'מתוך שאינו יכול להשבע -משלם' שהרי התחייב שבועה שמתה כדרכה ואינו יכול להשבע.
**וביאר הקצות שכנראה סבר הרא"ה** שעיקר שבועת השומרים היא שבועה שאינה ברשותו, וגם סובר שאין לחייב על שבועת גלגול כשאינו יכול להשבע, ושלא כרמ"ה המובא בסימן עה סעיף טו, ובפרט שכאן עיקר השבועה באה מכוח טענת 'שמא', והסיבה שהרא"ש חייב היא משום שלדעתו אף השבועה שלא פשעתי הינה עיקר השבועה.
**עוד כתב הקצות שיתכן שסבר הרא"ה** כדעת רש"י בב"מ (צח. ד"ה 'ולרמי') שכל שאין כפירה אין לחייב את השומר שבועה, וטענת 'איני יודע' אינה נחשבת ככפירה.
**הנתיבות (כח) הצדיק אף הוא את דברי הנמוק"י בשם הרא"ה** מהטעם שכל שלא היה לו לדעת, אין לחייבו כשאינו יודע אם פרע, וכתב שאף הש"ך עצמו בסימן עב (ס"ק נא) הודה שכשהתובע מודה שלא היה לנתבע לדעת פטור. אך ביאר הנתיבות שזה דווקא במציאות שלא פשע בכך שלא היה לו לדעת, אך אם מסר לאחר, אין לפוטרו משום שפשע שמסר לאחר וכעת אינו יודע, ולכן חייב מדין 'מתוך שאינו יכול להשבע משלם', וכתב שמכול מקום אם מת השומר יורשיו פטורים שאינם חייבים במציאות שהחיוב נובע מדין 'מתוך שאינו יכול להשבע משלם', אך כתב שזה דווקא כשהפקיד ביד מי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו, שאם לא כן אף היורשים חייבים שהיות ואין השני נאמן בשבועה יש לחייב את הראשון מדין מזיק וכפי שביאר הנתיבות בסימן שא ס"ק ב.

## שומר שהיו בעליו עמו שמסר לשומר, אם יש לחייבו ומדוע?

**הרמב"ם כתב** (שכירות א, ד) שיש לחייב את השומר שמסר לשומר 'אף על פי ששאל או ששכר בבעלים הרי הוא הוציא הדבר השמור מידו ליד שומר אחר', וכן פסק השו"ע.
**המגיד משנה ביאר** שהסיבה שאין במקרה זה פטור של 'בעליו עמו' היא משום שפטור זה שייך רק ברשות השומר ששאל מהבעלים, ולא אצל השומר השני שלא שאל הבעלים, והראשון מתחייב על רשות השני.
**הכסף משנה ביאר באופן אחר והוא** שפטור בעליו עמו שייך רק כשלא שמר כראוי, אך במציאות שמסר לאחר, הוא מוגדר כמזיק בידים, ובזה לא שייך הפטור של בעליו עמו.
**הנתיבות (ל) נדרש** לשאלה שלכאורה אין שום פשיעה כששמר כשהיו בעליו עמו ומסר לשומר חינם, שהרי הוא עצמו היה נפטר בכל מצב ואפילו בפשיעה, וכיצד גרע משמירתו, וביאר שגרע מכך שבכל אופן שומר שכר מחוייב לשמור יותר טוב בכדי שלא יגנבו (על אף שלא התחייב עם נגנב) ואף שואל שמסר לשומר שכר שלכאורה לא אמורה להיות הבדל בשמירה, שהרי לא ניתן להציל מן האונס, מכול מקום יש אונסים שניתן להזהר מהם כגון מליסטים מזויין.
**הנתיבות הבין** שסיבת החיוב כשמסר לאחר, הוא משום שהוציא דבר השמור מידו ליד אחר.
**ולפי זה הקשה הנתיבות** שהיה לחייבו אף כשמסר לשומר שכר אחר ולא גרע משמירתו במידה ואין לשומר שכר השני מנין לשלם.
**ותירץ הנתיבות** ששינוי רשות מחייב בגלל שהוא מפקיע את השמירה הראשונה, שהרי אפילו אם בא הנפקד למפקיד וביקש ממנו להרחיב את זכותו בחפץ, שיהיה רשאי למסור לאחר, שמירה חדשה היא. וכמ"ש הט"ז בסימן קעו סעיף ח לגבי הארכת זמן השכירות. ואף שבסימן שמו מבואר ששמירה שלא בבעלים לא מפקיעה שמירה בבעלים, זה רק בדבר שנשאר ברשותו ולא היה קניין חדש ע"י מסירה לאחר. וכ"ש שאם מסר לאחר שלא ברשות זה מפקיע שמירה הראשונה, ושוב אינו שמירה בבעלים. וזה רק כשמיעט שמירתו, שאם לא מיעט, גם מתחילה היה לו רשות למסור לאור זאת כתב הנתיבות שבבעל בנכסי אשתו, שהיא שמירה בבעלים, מכיוון שהיא על דעת שיהיה לו רשות להשכיר לאחרים מתחילה פטור אם עשה כן אף אם שואל הוא. ובזה יישב קושיית השב יעקב מסוגיא בדף צו, ואכמ"ל. (סוף דברי הנתיבות לקוחים מסיכומו של ר' דניאל ווסטבורק)
**כתב הפת"ש (יח) בשם החתם סופר** (חו"מ סימן צד) ששומר על שטרות שמסר לשומר חייב אם מיעט שמירתו, וזאת על אף ששניהם אינם חייבים אלא בפשיעה, משום שבעצם השמירה יש הבדל וכפי שהבאנו לעיל בשם הנתיבות.

## שומר שמסר לשומר שאין המפקיד רגיל להפקיד אצלו ולא מיעט שמירתו אם פטור כששמר בבעלים

**כתב הפת"ש (יט) בשם השב יעקב** (חו"מ סימן יא) ששומר שמסר לשומר שהמפקיד אינו רשאי להפקיד אצלו, אינו נפטר אף כשהראשון שמר בבעלים ואף כשלא מיעט בשמירתו, והסיבה שהרמב"ם לא כתב זאת גם לגבי דין זה, היא משום שזה פשוט יותר, שבזה דומה יותר למזיק בידיים.

לשון השו"ע:

**שומר שמסר לשומר, חייב, אפילו אם הוא שומר חנם ומסר לשומר שכר, דאמר ליה: את מהימן לי בשבועה היאך לא מהימן לי בשבועה. אפילו אם ידוע לכל שהשני טוב וכשר יותר מראשון.**

הגה: מיהו שומר שמסר לשומר לפני המפקיד, ולא מיחה, פטור (מרדכי פרק המפקיד).

**לפיכך אם דרך הבעלים להפקיד תמיד דבר זה אצל השומר השני, הרי השומר הראשון פטור מלשלם.**

**והוא שלא ימעט שמירתו, אבל אם מיעט שמירתו, כגון שהראשון היה שומר שכר והשני ש"ח, או שהראשון שואל והשני ש"ש, פושע הוא הראשון ומשלם, אף על פי ששאל או שכר בבעלים.**

**ואם יש עדים ששמר השני כראוי, נפטר שומר ראשון.**

**ואפילו לא היו שם עדים, אם השומר הראשון ראה ויכול הוא לישבע, הרי זה נשבע ונפטר** (ועיין סימן ע"ב סעיף ל'):

## סעיף כז

### שומר חינם שהתנה להתחייב באונסים

לשון המשנה בב"מ צד.

**משנה.** מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם. כל המתנה על מה שכתוב בתורה - תנאו בטל, וכל תנאי שיש מעשה בתחילתו - תנאו בטל, וכל שאפשר לו לקיימו בסופו והתנה עמו מתחילתו - תנאו קיים.

ובגמרא:

תנא: ומתנה שומר שכר להיות כשואל. במאי, בדברים? - אמר שמואל: בשקנו מידו. ורבי יוחנן אמר: אפילו תימא בשלא קנו מידו, בהיא הנאה דקא נפיק ליה קלא דאיניש מהימנא הוא - גמיר ומשעבד נפשיה.

**להלכה הכריעו הפוסקים** כר' יוחנן שיכול לחייב עצמו אף ללא מעשה קנין, **וכן פסק השו"ע.**

**וכתב הקצות (טז)** שבשוכר לזמן לא תועיל התנאה ללא קנין, משום שאת הנאתו כבר קיבל, **והסכים עמו הנתיבות (לג).**

**וכתב הש"ך (מט) שהמהר"א ששון** (תורת אמת סימן עג) **הסתפק** בתשובה האם יכול השומר לטעון שהתכוון להתחייב רק כשיבואו עדים ויעידו שנגנב או אבד, ולא התחייב להשבע שנגנב או אבד.

**ודייק הפת"ש (כב) מדברי מהר"א ששון וכן מסתימת הפוסקים** ששומר חינם יכול להתחייב להיות כשומר שכר, ולא רק כשואל ושלא כאחד התירוצים בתוספות (ב"מ נח .ד"ה 'א"ר יוחנן').

**וכן כתב הרשב"א בתשובה** (סימן אלף ג) שאם שומר קיבל עליו אחריות סתם דינו הוא כשומר שכר.

**ועיין בקצות בסימן שא ס"ק ג שכתב** שכשהתחייב שבועה בלאו הכי מגלגלים עליו שלא נגנב ושלא נאבד, ואין מקום לספיקו של מהר"א ששון במקרה זה, ובזה דחה את ראיתו מן המרדכי שיש לחייב באופן זה.

**ולמעשה הכריע הקצות שם** שאם אמר 'הריני מתחייב עצמי להיות כשומר שכר' הוא כשומר שכר לכל דיניו, ואם רק חייב את עצמו בגנבה ואבדה סתם אין כאן אלא חיוב תשלומין אם ידוע ע"פ עדים שלא היה אונס או הודה בזה. אבל אם אין עדים ע"ז אינו חייב להישבע.

והנתיבות שם (ס"ק ה) העמיד את ראייתו של מהר"א ששון עי"ש.

לשון השו"ע:

**במה דברים אמורים שאין ש"ח חייב אלא בפשיעה, בסתם שומר. אבל אם התנה שיתחייב אף באונסים, חייב אף בדברים בלא קנין.**

## סעיף כח

**דין שמירה בבעלים**

לשון השו"ע:

**המפקיד אצל חבירו, בין בחנם בין בשכר, או השאילו או השכירו, אם שאל השומר את הבעלים עם הדבר שלהם או שכרם, הרי השומר פטור מכלום, אפילו פשע בדבר ששמר, ואבד מחמת הפשיעה, הרי זה פטור, שנאמר: "אם בעליו עמו לא ישלם"** (שמות כב, יד).

**במה דברים אמורים?**

**בששאל הבעלים או שכרן בעת שנטל החפץ, או שהיו שאולים או שכורים אצלו מקודם לכן, כיון שהם עמו במלאכתו בשעה שנטל, אף על פי שלא היו עמו במלאכתו בשעה שנאבד, פטור.**

**אבל אם נטל החפץ ונעשה עליו שומר תחלה, ואחר כך שכר הבעלים או שאלם, אף על פי שהיו הבעלים עמו במלאכתו בעת שנאבד, חייב.**

בע"ה אם נזכה נבאר דין זה בסימן שמו.

# סימן שא

## דין השומרים בעבדים וקרקעות ובהקדשות ובשל עניים ובו י סעיפים:

## סעיף א

### דין שומרים בקרקע עבדים והקדשות לעניין שבועה ולעניין חיובי תשלומים

לשון המשנה בב"מ נו.

אלו דברים שאין להם אונאה: העבדים, והשטרות, והקרקעות, וההקדשות.

אין להן תשלומי כפל ולא תשלומי ארבעה וחמשה.

שומר חנם אינו נשבע, ונושא שכר אינו משלם.

ובגמרא בדף נז:

אין בהן תשלומי כפל:

מנהני מילי?

דתנו רבנן: "על כל דבר פשע" - כלל.

"על שור על חמור על שה על שלמה" – פרט.

"על כל אבדה אשר יאמר" - חזר וכלל.

כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט; מה הפרט מפורש - דבר המטלטל וגופו ממון - אף כל דבר המטלטל וגופו ממון. יצאו קרקעות שאינן מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, יצאו שטרות שאף על פי שמטלטלין - אין גופן ממון.

הקדשות- אמר קרא "רעהו - רעהו ולא הקדש.

ולא תשלומי ארבעה וחמשה

מאי טעמא? תשלומי ארבעה וחמשה אמר רחמנא, ולא תשלומי שלשה וארבעה.

שומר חנם אינו נשבע מנהני מילי?

דתנו רבנן:

"כי יתן איש אל רעהו" – כלל.

"כסף או כלים" - פרט,

["לשמור"] חזר וכלל, כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט: מה הפרט מפורש - דבר המטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המטלטל וגופו ממון. יצאו קרקעות שאינן מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, יצאו שטרות שאף על פי שמטלטלין אין גופן ממון.

הקדשות- אמר קרא "רעהו" - רעהו ולא של הקדש.

נושא שכר אינו משלם.

מנהני מילי?

דתנו רבנן:

"כי יתן איש אל רעהו" – כלל

"חמור או שור או שה" – פרט.

"וכל בהמה לשמור" - חזר וכלל. כלל ופרט וכלל אי אתה דן אלא כעין הפרט; מה הפרט מפורש - דבר המטלטל וגופו ממון, אף כל דבר המטלטל וגופו ממון. יצאו קרקעות שאינן מטלטלין, יצאו עבדים שהוקשו לקרקעות, יצאו שטרות שאף על פי שמטלטלין אין גופו ממון.

הקדשות, אמר קרא "רעהו" - רעהו ולא של הקדש.

**מבואר במשנה** שאין דין שמירה בקרקעות שטרות והקדשות לעניין חיוב שבועה בשומר חינם, ולענין חיוב תשלומים של שומר שכר.

**וכתבו הרא"ש** (שבועות ו, כד) **והנמוק"י** (ב"מ לב: ד"ה ישומר חינם') שהוא הדין שאין חיוב אונסים וגניבה באבידה לשואל שהוקש לשומר שכר כמבואר בגמ' בב"מ צה. והסיבה שהמשנה לא כתבה

דין זה אף לגבי שואל, היא משום שכבר נקטה פטור משבועה בשומר חינם ופטור תשלום משומר שכר ובזה כללה הכול, ועוד שלא שייך בשואל דין פטור מהקדש, שאין שאלה בהקדש, **וכן פסק השו"ע.**

## שומר שכר מקבל שכרו ע"י שבועה

**הגמרא בדף נז: נח. מקשה** על הדין שאין נשבעים להקדש מדברי הברייתא האומרת שאם נגנבו דמי תרומת העיר נשבעים הגזברים לבני העיר.
**ומיישב שמואל** שהם אינם נשבעים בכדי להפטר, אלא בכדי ליטול שכר על עבודתם כגזברים.
**הגמרא מקשה** שאמנם אין לחייבם על הגניבה, אך מכול מקום לכל הפחות שיפסידו שכרם כשומרי שכר.
**ותירץ רבה** שמדובר שנגנבו ע"י ליסטים מזויין שבזה לא קיבלו שמירה.
**ור' אלעזר תירץ** ששבועה זו תקנת חכמים היא שלא יזלזלו בהקדשות.
**מקושית הגמרא למד הרא"ש** (ב"מ ד, כא) ששומר שכר אינו מקבל שכרו עד שישבע ששמר כראוי.
**וכן פסק השו"ע.**

## שומר שכר ששמר עשרה ופשע באחד, אם מקבל שכר על שאר התשעה?

**הפת"ש (ב) הביא את דברי הבית דוד** (חו"מ סימן א) **שכתב** ששומר שכר ששמר על עשרה שטרות ופשע באחד מהם, איבד את שכרו על כל השטרות.
**הבית דוד הוכיח כן מהגמרא בע"ז בדף סה.** שם הגמרא דנה בדברי המשנה בע"ז סב. שקובעת כי השוכר את הפועל לעשות עמו ביין נסך - שכרו אסור. אך אם שכרו לעשות עמו מלאכה אחרת, אף על פי שאמר לו: 'העבר לי חבית של יין נסך ממקום למקום' - שכרו מותר.
והקשתה הגמרא שבברייתא מבואר שמותר כששכרו לדבר אחר רק אם לעיתותי ערב אמר לו להעביר יין נסך, אבל אם אמר לו כל היום אסור.
**ותירץ שם רבא** (ע"פ פירוש רש"י) שהמשנה דיברה כשאמר לו הגוי 'העבר לי כל חבית בפרוטה', ובזה שאר הפרוטות מותרות ולגבי אותה פרוטה יכול לזורקה לנהר או שלא ליטלה כלל מהגוי, אבל הברייתא דיברה כשאמר לו הגוי 'העבר לי מאה חביות במאה פרוטות', שבזה הגוי אינו חייב לשלם לו עד שיעביר את כל החביות, ולכן השכר שייך על הכול יחד ואסור בהנאה.
**ומכאן הוכיח הבית דוד** שכל שנתן לו שכר אחד על מספר דברים, אינו חייב לשלם לו עד שיעשה הכול, ולכן די שפשע באחד בכדי לפוטרו.
**ומכול מקום כתב הבית דוד** שאם נתן לו שכר על מספר ימים ופשע באחד מהם, לא הפסיד את השכר של שאר הימים.
**הבית דוד הוכיח כן מהגמרא בב"מ נח.** שמקשה על דין המשנה שקובעת ששומר שכר אינו חייב לשלם בקרקע, מדברי הברייתא הקובעת שאם שכר את הפועל לשמור על זרעים שמור את הזרעים - אין נותנים לו שכר שבת, לפיכך אין אחריות שבת עליו. היה שכיר שבת, שכיר חדש, שכיר שנה, שכיר שבוע - נותנין לו שכר שבת, לפיכך אחריות שבת עליו.
**והבינה הגמרא בתחלה** שהכוונה שבמידה והוא שכיר שבוע או חודש או שנה, הוא חייב באחריות אף לגבי הקרקע.
**ותירצה הגמרא** שאין הכוונה שחייב באחריות ההיזק, אלא שאינו מקבל שכר על אותו היום, **והקשתה על כך הגמרא** שאם אינו מקבל שכר במידה ושמר רק על שבת מה שייך לומר שאינו חייב באחריות, על כן תירצה הגמרא שבאמת מדובר לגבי אחריות על נזק הפקדון במידה וקיבל עליו בקנין שיתחייב באחריות.
**וכתב הבית דוד** שלכאורה אם היינו סוברים שאם פשע באחד הימים יש לפוטרו מהכל, היה ניתן לבאר שכוונת הברייתא שכל שמקבל שכר על שבת בלבד, אם פשע אינו מפסיד שכר כל השנה, אך אם מקבל שכר על שנה שלמה, אם פשע בשבת מפסיד שכרו של כל השנה, אלא על כרחך שלעניין ימים איננו אומרים כן, ואין הוא מפסיד ע"י פשיעה ביום אחד את שכר כל הימים.
**הפת"ש תמה על כך שנעלמו מדברי הבית דוד דברי התומים** (סימן סו ס"ק סח) שכתב במפורש כנגד דבריו שגם בהבלעת ימים, אם פשע באחד מפסיד את שכר הימים שעברו, וכתב שאין להוכיח מגמרתינו, משום שבמקרה שלנו אף אם היה דינו כשומר שכר, לא היה לנו לחייבו על שאר הימים במקרה הראשון הואיל ושכרו לימים נפרדים.
**עוד הביא הפת"ש שאף הרש"ש** (ב"מ נח. ד"ה 'לא הפסיד') כתב כדברי התומים שאם פשע ביום אחד, הפסיד את שאר הימים ודימה זאת לגמרא בע"ז בעניין מאה חביות, וכתב שהמקרה הראשון דומה למקרה שאמר לו להעביר חבית חבית.

## האם יש לחייב שומר בפשיעה על עבדים קרקעות שטרות והקדש?

**הבאנו לעיל שכתבה המשנה** ששומר חינם אינו נשבע על עבדים קרקעות ושטרות.
**וביאר רש"י**: 'אינו נשבע - שלא פשע, שלא הזקיקתו תורה לישבע עליה'.

**הרמב"ן** (ב"מ נו. ד"ה הא דתנן) **ועוד ראשונים דייקו מדברי רש"י** שסבר שכל הפטור הוא שלא הטריחוהו להשבע שלא פשע, אך אם באמת פשע מחוייב לשלם אף בעבדים שטרות קרקעות והקדשות.

**כדברי רש"י פסק הרמב"ם במפורש** (שכירות ב, ג), **וכך כתב**:

> יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין גניבה ואבידה ומתה וכיוצא בהן ...אבל אם פשע בה חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא, ואין הפרש בין דין המזיק קרקע לדין המזיק מטלטלין ודין אמת הוא זה למבינים וכן ראוי לדון.

כלומר, הרמב"ם כותב שהחיוב על פשיעה הינה מדין מזיק, ולכן היא שייכת אף בדברים שלא חלים עליהם חיובי שמירה רגילים.

**הרמב"ם ממשיך לחזק דבריו לאור הוראת רבותיו, וכך כתב:**

> וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין באריסות בין בשמירות חנם והתנה עמו שיחפור או יזמור או יאבק משלו ופשע ולא עשה חייב כמי שהפסיד בידים וכן כל כיוצא בזה שהפסיד בידים חייב על כל פנים.

כלומר, הרמב"ם מביא שרבותיו הורו שאם התחייב אדם לעבוד בשדה חבירו, ולא עשה כן וע"י זה הופסדה הקרקע, הוא מחוייב לשלם, ולמד הרמב"ם מכאן שהוא הדין לכל פשיעה.

**לכאורה מקור הדין של רבותיו מצוי בר"י מיגאש** (שבועות מב: ד"ה 'ילפינן השתא') ושם כתב הר"י מיגאש במפורש ששומר פטור בפשיעה בקרקעות עבדים והקדשות ושלא כדברי הרמב"ם, אלא שכתב לחלק שזה דווקא בפשיעה שלא שמר כראוי וכדו' אבל כשהתחייב לעבוד בשדה ולא עשה כן דינו כמזיק בידיים ממש ולכן יש לחייבו.

**ונראה שהרמב"ם** השתמש בדינו של הר"י מיגאש אך הרחיב אותו אף מעבר לדעתו של הר"י מיגאש.

**ראשונים רבים חלקו על שיטת הרמב"ם ובינהם**: **רמב"ן** (ב"מ נז: ד"ה הא דתנן) **רא"ש** (פסקים ב"מ ד, כא ובתשובה כלל צד סעיף ה), **רשב"א** (ב"מ נז: ד"ה 'שומר חינם'), **הרי"ף בתשובה** (סימן צז), **תוספות** (ב"מ נז: ד"ה 'שומר חינם'), **הראב"ד בהשגות, ר"ן** (שבועות מב: ד"ה 'שומר חינם') **מרדכי** (ב"מ סימן תשעג) **בשם ר"י ורבינו יואל**, ודעתם שאין להגדיר את הפשיעה בשומר כמזיק אלא כחלק מחיובי שמירה, ולכן יש לפטור בקרקעות ובעבדים ובשטרות אף מן הפשיעה.

**וביארו הרמב"ן והרשב"א** שאין לדייק מלשון המשנה שפטרה דווקא מן השבועה, משום שהמשנה התייחסה לחיובים המופיעים בפסוק, ופשוט שהפטור הוא גם מעצם החיוב.

**הב"י כתב שהעיקר כדעת רוב הראשונים** שבקרקעות שטרות והקדשות פטור השומר אף מפשיעה ושלא כרמב"ם וכן סתם בסימן צה סעיף ד.

**אמנם בסימן שלנו ובסימן סו סעיף מ הביא השו"ע** את דעת הראשונים בסתם ואת דעת הרמב"ם בלשון 'יש אומרים', **וכתב הרמ"א בב' המקומות** שהעיקר כדעת שאר הראשונים.

**אמנם הש"ך בסימן סו** (ס"ק קכו) **האריך לצדד בדעת הרמב"ם** וכתב שעל אף ש'דעת הרבה פוסקים מאד' שלא כרמב"ם מכול מקום נראה עיקר בש"ס כרמב"ם ו'פשיטא דאין הולכים אחר רוב הפוסקים במקום שנראה לעינים בש"ס שהדין עם המועטים, ובפרט כי הפוסקים לא פסקו כן אלא מכח ראיותיהם, וכיון שנסתר הענין נפל הבנין'.

[דברי הש"ך מתחלקים לדחיית הראיות כנגד הרמב"ם, והבאת ראיות לשיטתו, ותחילה דן בדחיית הראיות].

ואלו דחיותיו של הש"ך לראיות הראשונים:

- **ראשונים רבים הביאו ראיה כנגד הרמב"ם מדברי הגמרא בב"ק** (צג.), שמספרת על ארנק צדקה שהופקד אצל אדם מסויים ופשע בה ונגנב הארנק וחייבו רב יוסף, והקשה עליו אביי שהרי הברייתא אומרת שאין לחייב שומר כשאמר לו לחלק ורק כשאמר לו לשמור יש לחייבו, ותירץ רב יוסף שהכסף קצוב לכל אחד ולכן זה מוגדר ששומר לכל עני ועני.

  **והוכיחו מכאן הראשונים** שאם זה היה כסף עניים רגיל, הוא היה פטור אף מפשיעה.

  **ודחה הש"ך** ששם הקושיא אינה מכוח המיעוט של הקדש, אלא מן הברייתא שלומדת שהחיוב הוא דווקא כשנתן 'לשמור ולא לחלק לעניים', שהכוונה שכשנתנו לו לחלק לעניים הוא אינו מוגדר כלל כשומר, ולכן יש לפוטרו אף מן הפשיעה, ואף הרמב"ם פסק כן במפורש בהלכות שאלה (ה, א) ואין זה שייך למציאות שהוא מוגדר כשומר ופשע.

- **התוספות** (ב"מ נז: ד"ה 'שומר חינם') **הביאו ראיה** שיש לחייב על פשיעה גם בדברים אלו, **מכוח הגמרא בב"מ נח.** שהזכרנו לעיל שהקשתה על המשנה שאמרה שיש לפטור בשמירה על הקדש מהברייתא שאומרת שאם שכר את הפועל לשמור על זרעים – 'אין נותנים לו שכר שבת, לפיכך אין אחריות שבת עליו'. והתקשתה בזה הגמרא ולא תירצה שהכוונה לענין אחריות בפשיעה.

  **ודחה הש"ך** שהגמרא לא תירצה שמדובר לענין חיוב שמירה, משום שאף אם הוא לא היה מקבל שכר שבת, עדיין היה לחייבו בפשיעה מדין שומר חינם, ואף שהיה מקום לדחות שבמקרה זה שלא קיבל שכר, לא קיבל עליו שמירה כלל, מ"מ משמע לברייתא שהיות שקיבלו בסתם דינו לכל הפחות כשומר חינם, וגם מלשון הברייתא 'אחריות שבת עליו' משמע שהכוונה שחייב ככל שומר שכר.

- **הראב"ד בהשגות הקשה** שלשיטת הרמב"ם לא מובן מדוע אינו נשבע שהרי אם באמת פשע חייב לשלם.
**וכתב הש"ך** שאין זה קשה כפי שכתב הראב"ד בעצמו שגם מודה במקצת אם באמת חייב צריך לשלם ומכול מקום איננו משביעים אותו.
- **הראב"ד בהשגות הוסיף להוכיח שפטור מהפשיעה** שכשם שהלימוד מה'פרט והכלל' בשומר שכר פטרו אף מן התשלומים הוא הדין לגבי שומר חינם.
**וכתב הש"ך** שאין זו הוכחה משום שהתורה מיעטה בכל מקום את החיוב בה עסקה ובענין שומר חינם העיסוק הוא בשבועה, ולא היה צריך כלל פסוק לחייבו בפשיעה משום שמסברא היינו מחייבים אותו שדינו כמזיק וכפי שכתב הרמב"ם.
- **הראב"ד בהשגות הוסיף להקשות** שאין לומר שפשיעה בשמירה נחשבת כהיזק בידיים, שהרי לפי זה לא היה לנו לפטור בפשיעה כשבעליו עמו, אלא על כרחך שחיוב בשמירה הינו חלק מחיוב השומר, ולכן חיוב זה אינו שייך בקרקעות שטרות ועבדים והקדשות.
**וכתב הש"ך שאין זו קושיא** ופשוט שאף הרמב"ם מודה שפשיעה אינה נחשבת כהיזק בידיים ממש, אלא כמו מזיק לענין שיש ללמוד כן מסברא ואין צורך ללימוד מפסוק בשביל לחייבו, והסיבה ששמירה בבעלים פוטרת אף בפשיעה ולענין פטור מהקדש איננו ממעטים פשיעה היא משום שהמיעוט של קרקעות שטרות והקדשות הוא שחיובי התורה אינם חלים עליהם ולכן מה שנובע מהסברא עדיין חייבים עליו, מה שאין כן לענין שמירה בבעלים שהתורה פטרה במפורש את השומר כשבעליו עמו, ובזה פטרה מכל דבר שהוא השייך לשמירה ואף למה שנלמד מן הסברא ולכן פטור אף מן הפשיעה שדינו כאדם רגיל ולא כשומר כלל.

**כעת ניגש הש"ך להביא ראיות לשיטת הרמב"ם:**

- **הש"ך הביא ראיה מלשון המשנה בב"מ נו.** שממנה משמע ששומר חינם התמעט דווקא משבועה וכפי שדייק רש"י, וכן נראה מאריכות לשון המשנה שכתבה שאין להם תשלומי כפל ולא תשלומי ד' וה' ושומר חנם אינו נשבע, ונושא שכר אינו משלם, ולא קיצרה וכתבה: 'אין להן דין שומרים'.
- **הש"ך דייק כן גם מלשון המשנה בשבועות** (מב:) וזה לשונה: 'ואלו דברים שאין נשבעים עליהן העבדים ושטרות וקרקעות', משמע שרק לעניין שבועה אינם נשבעים, וכן משמע בעצם זה שנשנה דין זה בשבועות ולא בב"מ לעניין חיובי שמירה.
- **עוד הביא הש"ך ראיה מהגמרא בב"מ נח.** שהקשתה על הדין ששומר חינם אינו נשבע מהדין שיש להשביע גזברים על מעות שנגנבו ותירץ ר' אלעזר ששבועה זו תקנת חכמים היא שלא יהיו בני אדם מזלזלין בהקדשות, ומשמע שמן הדין מחוייבים לשלם, וכל הדיון הוא לגבי שבועה.

**הש"ך המשיך להאריך למצוא ראשונים כדעת הרמב"ם** כגון הראב"ד המצוטט בראשונים שכנראה אינו הראב"ד בהשגות או שחזר בו, וכתב שמכול מקום 'יהיה איך שיהיה' העיקר כדעת הרמב"ם וכתב ש'שוב מצא' שהעיטור (ע- עיסקא וחוב הלכות מלוה על פה דף כ טור ג) פסק בפשטות שיש לחייב בפשיעה בכל הדברים הללו.

**מכול מקום מדברי הש"ך עולה** שאף הרמב"ם מודה שפשיעה אינה נחשבת כהיזק בידיים ממש, אלא שזהו חיוב שמירה שאינו תלוי בשאר חיובי שמירה ומקורו בסברא, אך רק שומר מתחייב בו.

**אף הנתיבות (א) האריך לצדד בדברי הרמב"ם** וכתב שפשוט שהרמב"ם מחייב בפשיעה רק מי שקיבל עליו שמירה, ורק הוא מוגדר כ'מזיק'.

**אמנם הנתיבות ביאר באופן שונה מהש"ך** מדוע לענין שמירה בבעלים התמעט גם פשיעה, ולענין הקדשות וכו' לא פטרנו מפשיעה וביאר שבשמירה בבעלים השומר נותר כשומר אלא שנפטר מכל התשלומים ולכן פטור גם מפשיעה, ואילו המיעוט בקרקעות והקדשות ושטרות אינו כתוב במפורש על תשלומים ולכן אנו ממעטים את המסתבר.

**הפת"ש (ד) כתב שמדברי הפנ"י** (ב, קו) **בתשובה** עולה שסובר שהעיקר כדעת שאר הראשונים שבדברים אלו יש לפטור את השומר גם במידה ופשע, והביא שכן עולה מדברי הזכרון יוסף (סימן א) או שיתכן שסובר שזהו ספק בדין ואין להוציא מן המוחזק, והביא שאף מדברי הבית שמואל אחרון (סימן ו) והשב יעקב (חו"מ סימן יב) עולה שאין להוציא מן המוחזק כנגד שיטת הרמ"א ושאר ראשונים.

## שומר שהניח דברים אלו (שטרות קרקעות עבדים והקדשות) ברשות הרבים

**כתב הנתיבות (א)** שאפילו לדעת הראשונים החולקים על הרמב"ם וסוברים שאין לחייב בפשיעה על הקדשות שטרות עבדים וקרקעות, יודו שאם הניח ברשות הרבים חייב שזו אבידה מדעת.

## דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס בדברים אלו (שטרות קרקעות עבדים והקדשות)

**הנתיבות (א) הסתפק** האם לדעת הרמב"ם יש לחייב בדברים אלו כשהתחיל בפשיעה וסופו באונס, וכתב שלכאורה היה צריך לפטור משום שבזה אינו מוגדר כמזיק, ומכול מקום הסיק שיש לחייב אף במקרה זה לאור מה שהסיק לעיל שהפסוק מיעט דברים אלו רק לענין שבועה ולא לענין תשלומים (של שומר חינם ופשוט שמיעט פסוק אחר משומר שכר כמבואר בגמ')

## האם יש לחייב שומר על בית שנשרף?

**פסק הרמ"א ע"פ המרדכי** (שבועות סימן תשעג) לשיטתו שאין חיוב בפשיעה בקרקעות, הוא הדין שאין חיוב כשששאל בית ונשרף.
**וכתב הסמ"ע (ה)** שזה אפילו אם האונס בא מכוח השואל וכפי שכתב הלבוש כאן, ולא כפי שכתב בסימן שמ, שכשהאונס בא מכוחו יש לחייבו.

## האם יש לחייב בדברים אלו (שטרות קרקעות עבדים והקדשות) כשמסר לשומר אחר?

**הדרכי משה (ב) כתב שלדעת הרא"ש בתשובה** (כלל לט סימן ב) יש לחייב שומר על קרקעות שטרות עבדים והקדשות כשמסר לשומר אחר, וזאת על אף שלשיטתו אין לחייב את השומר בפשיעה, וזאת משום שמסירה לאחר נחשבת כאילו השליך את הפקדון לנהר.
**וכתב הדרכי משה שהמהרי"ק** (סוף שורש ו) חולק על הרא"ש ופוטר במקרה שמסר הקדש לאחר.
**להלכה הביא הרמ"א את דעת הרא"ש** שיש לחייב כשמסר לשומר, והוסיף שיש חולקים.
**הש"ך (ד) השיג על הרמ"א וכתב** שאין סברא לחייב כשמסר לשומר לדיעה שאין לחייב בפשיעה, וכפי שעולה בסוגיא שם שדעת הרא"ש ועוד ראשונים היא שמסירה לאחר אינה נחשבת אפילו כפשיעה (עיין לעיל בסימן רצא סעיף כו בעמוד 191 תחת הכותרת 'מיעט בשמירה' ובדעת הרמב"ם בזה) וכתב הש"ך שאף הרא"ש לא כתב כן ביחס לשומר שמסר לשומר אלא במציאות שנתן לאחר לגמרי שלא בתורת שמירה.
**התומים בסימן סו** (ס"ק ע) **תמה על הש"ך** שהרי הרא"ש בתשובה שם כתב שאם נתן השומר למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו הוא פטור, ואם הרא"ש עסק במציאות שנתן לו לגמרי אין מקום לחלק בזה.
**התומים כתב ליישב את דברי הש"ך** שהרא"ש דיבר במציאות שנתן בתורת פקדון אך לאדם שידוע שיאבד את החפץ, ולכן בזה יש לחלק בין מציאות שנתן למי שרגיל המפקיד להפקיד אצלו למציאות שנתן לסתם אדם (הנתיבות (ב) כתב שישובו של התומים קשה)
**הנתיבות (ב) כתב שהרא"ש והמהרי"ק אינם חלוקים כלל** והרא"ש חייב כשמסר לאחר רק כשלא ידוע לנו שהחפץ אבד מהשני, ובזה יש להחשיב את השומר הראשון כמזיק ממש כשמסר לאחר ויתכן שכעת השני מעכב את הפקדון בידו, אבל במציאות שידוע שהחפץ אבד, אין לחייב את השומר הראשון, שאינו מוגדר כמזיק, וכפי שנימק המהרי"ק שהטעם שאינו מאמין לשני בשביעה, מגדירו רק כפושע, ובהקדשות פטור השומר מפשיעה (הנתיבות האריך לבאר שעצם החיוב של שומר שמסר לשומר הינו מדין מזיק, ולא מכוח שהראשון חייב שבועה ואינו יכול להשבע ומשלם, שא"כ היה לנו לפטור לשיטות האמוראים החולקות על דין 'מתוך שאינו יכול להשבע משלם', וכן היה לנו לפטור את יורשיו. הנתיבות ציין למספר פוסקים המבארים את סיבת החיוב בשומר שמסר לשומר שהוא מכוח דין 'מזיק'[184]).
הנתיבות העיר שבלאו הכי לא הבין מדוע הד"מ כתב שהמהרי"ק חולק על הרא"ש, והרי המהרי"ק עסק בהקדש שבזה יש פטור אחר שהוא ממון שאין לו תובעים (ולא הבנתי את קושייתו, שהמהרי"ק התייחס במפורש לב' הטעמים, וכתב שגם ללא הטעם של 'ממון שאין לו תובעים' הוא פטור, מכוח הפטור של פשיעה בהקדשות, עי"ש וצ"ע).

## האם בדברים אלו צריך השומר להשבע שלא שלח בה יד ושאינה ברשותו?

**כתב הרשב"א** ש'ראה במקצת מרבותנו הצרפתים' ששומר חינם פטור אפילו מהשבועה שלא שלח יד ושאינה ברשותו, משום שהתורה פטרתו מכל השבועות.
**הרשב"א עצמו נשאר בזה בצ"ע.**

---

[184] בין הפוסקים מביא הנתיבות את דברי הכ"מ (שכירות א, ד) בפירוש הרמב"ם לסיבה שאם מיעט שמירתו אין פטור של 'שאילה בבעלים', אלא שיש להעיר שדברי הכ"מ אינם מתיישבים עם הנתיבות שהרי הכ"מ דיבר במציאות שהפקיד אצל מי שרגיל להפקיד אצלו, ולדעת הנתיבות בזה לא שייך לחייבו מדין מזיק משום שאין לנו לחוש שהחפץ נשאר אצל השומר השני, שהרי המפקיד מאמינו עיין בזה ודוק.

**הר"ן** (על הרי"ף שבועות כג:) **כתב** שאמנם פטור מהשבועה שלא שלח בה יד, אך עדיין חייב להשבע שאינה ברשותו משום ששבועה זו נובעת מתקנת חכמים שמא נתן עיניו בחפץ (אמנם בחידושי הר"ן בב"מ נז: ד"ה 'שם ורמינהו' סתם כדברי הנמוק"י שאין משביעים אף על שאינה ברשותו).
**הנמוק"י** (ב"מ לב: ש"ה 'שומר חינם') **לעומתו צידד בדעת 'רבותינו הצרפתים'** שפטור אף משבועה זו, והוכיח כן מהגמרא בב"נ נח: שממנה משמע שדווקא לעניין הקדש תקנו שישבע בכדי שלא יזלזל בהקדשות, וכן סבר המ"מ (שכירות ב, ב).
**אף מדברי הרמב"ם בהלכות טוען** (ה, ו) עולה שאין לחייב שום שבועה ואפילו מדרבנן.
**השו"ע פסק כדעת 'רבותינו הצרפתים' הנמו"י והמ"מ** שהשומר פטור מכל השבועות.
**אמנם הש"ך בסימן סו** (ס"ק קכד) **צידד בדעת הר"ן** שיש לחייבו שבועה דרבנן שאינה ברשותו.
**וכתב הש"ך שיתכן שאף 'רבותינו הצרפתים' מודים לזה,** וכל כוונתם שאין לחייב שבועה דאורייתא, וזה בניגוד לעולה מדברי הראב"ד בהשגותיו על הרמב"ם בהלכות טוען (ה, ו) שאף מן התורה יש לחייבו, אך הודה הש"ך שמדברי הרמב"ם עולה שאין לחייבו אף מדרבנן.
**עוד הביא הש"ך שאף הב"ח בסימן צה** (סעיף י) **הכריע כר"ן** שיש להשביעו שבועה שאינה ברשותו.

## חיוב שבועה בהקדש

**כבר הזכרנו מספר פעמים שהגמרא בב"מ נז:- נח.** מקשה על דין המשנה שאין נשבעים בהקדשות, מדין הברייתא ממנו עולה שצריכים להשבע, שם אומרת הברייתא שאם נגנבו דמי תרומת העיר נשבעים הגזברים לבני העיר.
**ומיישב שמואל** שהם אינם נשבעים בכדי להפטר, אלא בכדי ליטול שכר על עבודתם כגזברים.
**ור' אלעזר תירץ** ששבועה זו תקנת חכמים היא שלא יזלזלו בהקדשות.
**על פי זה נפסק** שבהקדשות צריך להשבע מדרבנן, וכך כתב הרמב"ם (שכירות ב, ב): 'ותקנו חכמים שנשבעין על ההקדשות שבועת השומרין כעין של תורה כדי שלא יזלזלו בהקדשות', ומשמע מלשונו שצריך להשבע בהקדש את כל השבועות, [אמנם מלשון השו"ע היה ניתן להבין שצרך להשבע דוקא שאינה ברשותו שכתב: 'וכל אלו, חוץ מן ההקדשות, פטורים אפילו משבועה שאינם ברשותו', אך אין נראה שכוונתו לחלוק על הרמב"ם ודוק].
**ההגהות מימוניות** (שכירות ב, ב) **כתבו** שהתקנה להשבע בהקדש שייכת דווקא בהקדש גמור, אבל לא בשל עניים, וביאר הב"י שלכן הטור השמיט דין זה היות ואינו רלוונטי לימינו.
[יש להעיר שלכאורה עולה מדברי הגמרא במעילה יט. שאין לחייב על היזק בהקדש וא"כ צריך להבין על מה נשבע השומר.
התומים (סו, סז) הוכיח מזה שעל כרחך מדברי ר' אלעזר טמון שחכמים תקנו גם שיתחייב לשלם (ובזה דחה את הוכחת הש"ך מגמ' זו שהובאה לעיל שמכאן מוכח שיש חיוב בפשיעה וכל הדיון הוא לגבי השבועה).
אמנם הפני יהושע (ב"מ נז: ד"ה 'ודע') הציע שהרמב"ם סובר שהפטור במזיק הוא רק מן החומש, ולא מן הקרן, עיין בזה].

## חיוב בפשיעה במעות עניים

**כבר הזכרנו לעיל** את דברי הברייתא בב"ק צג. האומרת שאין חיוב שמירה במעות שנועדו לחלוקת עניים.
**וכתב הנתיבות** (בסוף ס"ק ב) שאף אם הזיק בידיים, אין לחייבו, משום שזהו ממון שאין לו תובעים.
**והפת"ש (ו) הביא תשובת חוות יאיר** (סימן קצט) **שכתב** שמכול מקום מדיני שמים צריך לשלם, (ודייק הפת"ש מדבריו שאף הוא מודה שמעיקר הדין אינו חייב אף כשהזיק ממש בידיים).

## האם יש חיובי שמירה בפקדון של גוי?

**כתב הרמב"ם** (שכירות ב, א): 'שלשה דינין האמורין בתורה בארבעה השומרין אינן אלא במטלטלין **של ישראל** ושל הדיוט...**ויצאו נכסי עכו"ם**..' **וכן פסק השו"ע.**
**וכתב המגיד משנה:** 'שבכ"מ שהוזכר רעהו אין העכו"ם בכלל. ופשוט הוא ומבואר במכילתא'.
ועיין לקמן בסעיף ט במציאות שהיה בתחילה גוי ונתגייר, וכן בשאלה אם יש דין שמירה כשהשומר הוא גוי.
[ועיין בפת"ש (א) שהביא מחלוקת בין המקור חיים (תמח, ט) לר' משה מרוטנבורג (או"ח, יא) אם יש חיוב שמירה במשכון של גוי, ושם דנו לעניין מכירת חמץ, עיי"ש]

לשון השו"ע:

**ג' דינים האמורים בתורה בארבעה שומרים, אינם לא בקרקעות ולא בעבדים ולא בשטרות ולא בנכסי עובדי כוכבים ולא בהקדשות של מזבח או של בדק הבית.**
**שומר חנם אינו נשבע, נושא שכר או שוכר או שואל אינם משלמים.**
**ומכל מקום שומר שכר מפסיד שכרו עד שישבע ששמר כראוי.**
**וכן פטורים אף מפשיעה** (והכי קיי"ל).
**ויש מחייבים בפשיעה.**
**וכל אלו, חוץ מן ההקדשות, פטורים אפילו משבועה שאינם ברשותו.**

הגה: ועיין לעיל סימן ס״ו סעיף ל״ט.
שומר שמסר לשומר בדברים אלו, חייב, דגרע מפשיעה (הרא״ש). ויש חולקין (מהרי״ק).
השואל בית ונשרף, פטור לשלם, דה״ל קרקעות (מרדכי):.

## סעיף ב

### האם ניתן לגלגל שבועת שומרים על הקדשות שטרות קרקעות ועבדים?

לשון המשנה בקידושין כו.

נכסים שאין להם אחריות נקנין עם נכסים שיש להם אחריות - בכסף, ובשטר, ובחזקה, וזוקקין את הנכסים שיש להם אחריות לישבע עליהן.

על פי זה פסק השו״ע:

**הא דאין נשבעין על אלו, הני מילי בפני עצמן; אבל על ידי גלגול נשבעים.**

**וכתב הנתיבות (ג)** שלשיטה החולקת על הרמב״ם וסוברת שאין לחייב בפשיעה, אין לגלגל אלא שבועה שאינה ברשותו, משום שלא שייך להשביעו שלא פשע שבלאו הכי לא התחייב, וכן אין להשביעו שלא שלח בה יד שהרי קרקעות ועבדים אינם נגזלים.

## סעיף ג

### האם יש להשביע שומר בשבועת היסת על קרקעות עבדים שטרות וקרקעות?

בגמ׳ בכתובות פז: מבואר שעל אף שאין להשביע שבועה דאורייתא על קרקעת, ניתן להשביע מדרבנן בכדי להפיס דעתו של התובע, שם נאמר דין זה לגבי פורעת כתובתה.
ונראה שלאור גמרא זו פסק הרמב״ם (טוען ונטען ה, א) שניתן להשביע שבועת היסת בטענת ודאי גם בעבדים קרקעות ושטרות, **וכן פסק השו״ע.**
לשון השו״ע:

**אף על פי שאמרו שאין נשבעין על אלו, הני מילי מדאורייתא, אבל נשבעים עליהם היסת אם היתה שם טענת ודאי:**

## סעיף ד

### קבלת אחריות בקנין על עבדים שטרות וקרקעות

**בסעיף א הזכרנו את דברי הגמרא בב״מ נח.** שהקשתה על דין המשנה שקובעת ששומר שכר אינו חייב לשלם בקרקע, מדברי הברייתא הקובעת שאם שכר את הפועל לשמור על זרעים שמור את הזרעים - אין נותנים לו שכר שבת, לפיכך אין אחריות שבת עליו. היה שכיר שבת, שכיר חדש, שכיר שנה, שכיר שבוע - נותנין לו שכר שבת, לפיכך אחריות שבת עליו.
**והבינה הגמרא** בתחלה שהכוונה שבמידה והוא שכיר שבוע או חודש או שנה, הוא חייב באחריות אף לגבי הקרקע.
**ותירצה הגמרא** שאין הכוונה שחייב באחריות ההיזק, אלא שאינו מקבל שכר על אותו היום, **והקשתה על כך הגמרא** שאם אינו מקבל שכר במידה ושמר רק על שבת מה שייך לומר שאינו חייב באחריות, על כן תירצה הגמרא שבאמת מדובר לגבי אחריות על נזק הפקדון במידה וקיבל עליו בקנין שיתחייב באחריות.
**ועולה מגמרא זו** שניתן לקבל אחריות שמירה גם על עבדים שטרות וקרקעות במידה ועשו על כך קניין.
**תוספות** (ב״מ נח. ד״ה ׳אמר ר׳ יוחנן׳) **התקשו** מדוע יש צורך בקנין בשביל להתחייב והרי בב״מ (צד.) מבואר שדעת ר׳ יוחנן היא שניתן להתנות חיוב שמירה אף ללא מעשה קנין ומתחייב מכוח ההנאה שהמפקיד מאמין לו.
**ותירצו תוספות** שהיות ובמקרה של עבדים וקרקעות וכו׳ הוא פטור מעיקר הדין משבועה, אין הוא מחייב את עצמו ללא קניין.
**עוד תירצו תוספות** שיתכן שרק כשמקבל עליו חיובי שואל, הוא מתחייב בלא קנין משום שהעולם סובר שהשאיל לו (ועיין לעיל בסימן רצא סעיף כז שדייק הפת״ש שמוסכמת הפוסקים שלא כתירוץ זה ושניתן לקבל גם חיובי שומר שכר ללא מעשה קנין)
**הרמב״ן** (ב״מ נח. ד״ה ׳ומפרקינן׳) **הרשב״א** (ב״מ נח. ד״ה ׳ופרקה׳) **הר״ן** (חידושים ב״מ צד. ד״ה ׳ור׳ יוחנן׳) **והנמוק״י** (ב״מ לב: ד״ה ׳ואם קנו׳) תירצו באופן אחר, והוא שרק מי ששייך בדיני שומרים יכול לקבל עליו חיובי שומרים ללא מעשה קנין.
**השטמ״ק** (ב״מ נח. ד״ה ׳אמר ר׳ יוחנן׳) **הביא את דברי התוספות רא״ש שכתב** שדווקא לגבי הקדש לא מועיל התנאה ללא קנין שבזה אין הנאה שהאמינו שדרך ההקדש להאמין לכל אדם, וגם שאין

גדולה בזה שהוא נאמן משום שאנשים בדלים ממנו, ועולה מדבריו שבאמת לענין שטרות עבדים וקרקעות תועיל התחייבות ללא קנין.
**הש"ך (ז) כתב לתרץ** שכל היכולת לקבל תנאי שמירה הוא מכוח שמחייב עצמו בהודאה ונעשה כאומר הריני שואל, ואין זה מועיל בדברים שגם במידה והוא שואל, הוא אינו מחוייב בכללי השמירה.
**הקצות (ב) התקשה** מדוע בהקדש יש צורך במעשה קנין שהרי לכאורה די שיתחייב באמירה, ש'אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט', ונשאר בצ"ע.
**הנתיבות (ד) תירץ** שבאמת ניתן להתחייב באמירה אך רק כשאומר במפורש שמחייב את עצמו ולא שמקבל עליו סתם דיני שומרים.
[עיין לעיל בסימן רצא סעיף כז בספקו של המהר"א ששון אם כשקיבל עליו חיוב שומר שכר, כוונתו לחיובי התשלום בלבד או גם לחיובי השבועה].
לשון השו"ע:

**כל אלו, אם קנו מידם להתחייב באחריותם, חייבים.**

## סעיף ה

### חיוב שמירה בענבים העומדות להבצר

**במשנה בשבועות: נחלקו התנאים** מה הדין במקרה שטוען אדם שמסר לחבירו עשר גפנים טעונות, והלה מודה בחמש. ר"מ אומר שאין דינם כקרקע ונשבע שבועת מודה במקצת, וחכמים אומרים שכל המחובר לקרקע כקרקע הוא.
**ובגמרא בדף מג. מבואר** שנחלקו בענבים העומדים להיבצר, **שר"מ סובר** שכבצורים הם **וחכמים חולקים.**
**להלכה פסק השו"ע** כדעת חכמים שאף ענבים העומדות להבצר דינם כקרקע. ובסימן צה וכן בסימן קצג ביארנו שנחלקו הראשונים האם דין זה נכון דווקא לגבי שומרים או גם ביחס לשאר דברים, ומכול מקום בעניין שומרים כולם מודים שדין ענבים העומדות להבצר כקרקע.
לשון השו"ע:

**המוסר לחברו לשמור דבר המחובר לקרקע, דינו כקרקע, אפילו ענבים העומדים ליבצר.**

## סעיף ו

### שמירה במעות צדקה

**בסעיף א הזכרנו את דברי הגמ' בב"ק** (צג.) שמספרת על ארנק צדקה שהופקד אצל אדם מסויים ופשע בה ונגנב הארנק וחייבו רב יוסף.
**והקשה עליו אביי** שהרי הברייתא אומרת שאין לחייב שומר כשאמר לו לחלק ורק כשאמר לו לשמור יש לחייבו, ודין זה נלמד מן המילה 'לִשְׁמֹר' (שמות כב) 'לשמור' ולא לחלק לעניים.
**ותירץ רב יוסף** שהכסף קצוב לכל אחד ולכן זה מוגדר ששומר לכל עני ועני.
הרמב"ם (שאלה ה, א) הביא דין זה בזה הלשון:

'מי שהפקידו אצלו מעות של עניים או של פדיון שבויים ופשע בהם ונגנבו פטור שנאמר לשמור ולא לחלק לעניים והרי הוא ממון שאין לו תובעים, אפילו באו עליו גנבים וקדם והציל עצמו בממון שבויים פטור אין לך פדיון שבויים גדול מזה, בד"א בשאין זה הממון מופקד לעניי מקום זה או לשבויים [אלו] אבל אם היו לעניים אלו או לשבויים אלו והרי הוא קצוץ להן הרי זה הממון שיש לו תובעין וישלם אם פשע או ישבע שלא פשע כדרך כל השומרים.

**ולמד המגיד משנה מלשונו** שבכדי שיתחייב צריך שהמעות יהיו קצובים לעניים מסויימים, ושיהיה חלקו של כל אחד ידוע, ודייק כן גם מלשון רש"י (ב"מ צג. ד"ה 'קיץ להו').
**בסעיף א הבאנו את דברי החוות יאיר** (סימן קצט) שסבר שמכול מקום בדיני שמיים חייב השומר לשלם על פשיעתו במעות, ולמד כן מכל שכן שמתחייב לעניים באמירה, וכיצד יפטר כשפשע להם.

### המחזיק במעות צדקה ואין לו רשות לחלק, אם מחוייב בדיני שמירה

**הנתיבות (ו) כתב** שדווקא במציאות שיש למפקיד רשות לחלק ולהחליט למי לתת, הוא פטור משום שזהו ממון שאין לו תובעים, אבל במציאות שהגבאי צריך לתת לכל עני כדינו, ואין בידו לשנות כשיתרבו או יתמעטו העניים, ויש לקהל רשות לשנות את המעות, יש להחשיב זאת כממון שיש לו תובעים ולחייבו, משום שזהו ממון הציבור.
**הנתיבות בס"ק ח למד דין דומה לזה גם מדברי הרמ"א שפסק ע"פ המרדכי** (ב"ק סימן קא) שאם הגבאי אמר לשומר שמור לי לצרכי ארנקי של צדקה ופשע מחוייב לשלם.
**וכתב הנתיבות** שאין זה ברור מדוע שהשני התחייב יותר מהראשון ועוד שבמרדכי כתב שזה נכון כשאמר לו 'ואם תפשע תתחייב לי'.

**וביאר הנתיבות שסבר הרמ"א** שאין מקום לחלק בין אמר לו ללא אמר לו היות ולא קנה מידו, ועל כרחך שהחילוק הוא שהשני אינו רשאי לעשות במעות כצרכו, נחשבים המעות לגביו כממון שיש לו תובעים, וביאר שהואיל והגבאי הראשון יכול להחליט לאיזה עני לתת אנו אומרים שיש ברירה, ונעשים הם התובעים של השני, ובממון אנו אומרים שיש ברירה אף שבגיטין איננו אומרים כן כמבואר בגיטין (כד:)

**והביא הפת"ש (ה) שהחוות יאיר** (סימן קצט) **כתב** שאפילו אם יש גזבר אחר שהוא זה שמחלק, עדיין המעות שביד הגזבר הראשון נחשבים כממון ללא תובעים. אך במידה ויעמידו מורשה על הממון, יחשב כממון שיש לו תובעים, **וכתב שהפת"ש שכן מבואר בשיבת ציון (סימן צט).**

## האם גבאי צדקה במעות קצובים חייב גם על גניבה ואבידה?

לשון הרמב"ם והשו"ע:

אבל אם היו לעניים אלו או לשבויים אלו והרי הוא קצוץ להן הרי זה הממון שיש לו תובעין וישלם אם פשע או ישבע שלא פשע כדרך כל השומרים.

מלשון זו משמע שאם המעות קצובים מחוייב השומר דווקא בפשיעה ולא בגניבה ואבידה.

**והקשה השואל לנודע ביהודה** (תניינא חו"מ נד הובא בפת"ש ס"ק ז) שלכאורה לדעת הרמב"ם והשו"ע דין גבאי צדקה צריך להיות כדין שומר שכר כשם שפסקו כן לענין שומר אבידה משום 'פרוטה דרב יוסף' [שפטור לתת פרוטה לצדקה הואיל והוא עסוק במצווה] כמבואר ברמב"ם בהלכות גזילה ואבידה (יג, יא) ובשו"ע בהלכות אבידה (רסז, טו).

**והשיב הנודע ביהודה:**

והנה על קושיא זו שלש תשובות בדבר:

א. 'חדא הלא ידוע דרכו של רבינו הגדול שאינו מביא בספרו אלא מה שנאמר או במשנה או בגמרא בבלי או ירושלמי או בספרא וספרי וכיוצא ... וכיון שבגמרא נאמר דין זה בקצץ לענין פשיעה ומעשה שהיה כך היה בפשיעה לכך העתיק הרמב"ם דברי הגמרא...'

ב. במעות לא שייך טיפול (על שתוס' בשבועות עולה שכן צריך יתכן שזה במעות שאינם זהב שמתעפשות בקרקע, והרמב"ם רצה לכלול כל סוגי מעות.

ג. נראה שהואיל והמעות קצוצים, הוא אינו מחוייב לטפל בהם כלל, ולכן אף במעות שאינם של זהב אינו מוגדר כשומר שכר.

## לווה שנתן משכון לגבאי צדקה ונתן הגבאי לאחר ולא אמר לו לשמור

**כתב הש"ך** (ס"ק י עפ"י הגהת הנתיבות בס"ק ז) שאם השכין אחד משכון לגבאי ומסר הגבאי לשומר ולא אמר לו לשמור, שניהם פטורים בחלקו של צדקה והגבאי חייב ללווה על השווי של המשכון היתר על החוב.

לשון השו"ע:

**מי שהפקידו אצלו מעות עניים או פדיון שבויים ופשע בהם ונגנבו, פטור, שנאמר: "לשמור"** (שמות כב, ט)**, ולא לחלק לעניים, והרי הוא ממון שאין לו תובעין.**

**במה דברים אמורים?**

**בשאין זה הממון מופקד לעניי מקום זה או לשבויים ידועים. אבל אם היה לעניים אלו או לשבויים אלו, והרי הוא קצוץ להם, הרי זה ממון שיש לו תובעים, וישלם אם פשע, או ישבע שלא פשע, כדרך כל השומרים.**

(וכן אם הגבאי אמר לשומר: שמור לי, חייב כשאר שומר) (מרדכי פרק החובל).

## סעיף ז

## הפודה עצמו מארנק של פדיון שבויים

לשון הגמרא בב"ק קיז:

ההוא גברא דהוה מפקיד גביה ארנקא דפדיון שבויים, סליקו גנבי עילויה, שקלה יהבה ניהלייהו.

**אתא לקמיה דרבא,** פטריה.

**א"ל אביי:** והא מציל עצמו בממון חבירו הוא!

**א"ל:** אין לך פדיון שבויים גדול מזה.

**ובסימן רצב סעיף ט מבואר** שהראשונים הגבילו דין זה למציאות שלא יכל להציל עצמו בממון אחר, וכן שהמעות לא היו מיועדים לשבוי מסויים.

לשון השו"ע:

**מי שהפקידו אצלו ממון פדיון שבויים ובאו עליו גנבים וקדם והציל עצמו בממון שבויים, אם הוא פטור, נתבאר בסימן רצ"ב סעיף ט':**

## סעיף ח

### השומר מעות יתומים- אם יכול להשתמש בהם

לשון הגמרא המשנה בב"מ כח:

כל דבר שעושה ואוכל - יעשה ויאכל, ודבר שאין עושה ואוכל - ימכר. שנאמר והשבותו לו - ראה היאך תשיבנו לו.

מה יהא בדמים?

רבי טרפון אומר: ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו חייב באחריותן.

רבי עקיבא אומר: לא ישתמש בהן, לפיכך אם אבדו אין חייב באחריותן.

ובגמרא דף כט:

ביד רחבה הוה ליה הנהו זוזי דיתמי.

**אתא לקמיה דרב יוסף**, אמר ליה: מהו לאשתמושי בגוייהו?

**אמר ליה, הכי אמר רב יהודה אמר שמואל:** הלכה כרבי טרפון.

**אמר ליה אביי: ולאו אתמר עלה, אמר רבי חלבו אמר רב הונא:** לא שנו אלא בדמי אבידה, הואיל וטרח בה, אבל מעות אבידה דלא טרח בהו - לא. והני כמעות אבידה דמו.

אמר ליה: זיל, לא שבקו לי דאשרי לך (אמר רב יוסף לרחבה לך, לא נותנים לי להתיר לך להשתמש במעות אלו).

**מגמרא זו עולה** שישנו איסור להשתמש במעות יתומים הואיל ולא טרח בהם, **וכן פסק השו"ע.**

### אם מותר לגובה או לפרנס להשתמש במעות ציבור?

**הנתיבות (ט) הסתפק** אם מותר לגובה או לפרנס להשתמש במעות ציבור והספק הוא אם על דעת כן נתנו לו להשתמש, ונטה לכך שאינו רשאי, שאין ראיה בכך שנתנו לו מעות מותרים שמתירים לו להשתמש בהם וכן אין סברא לומר שיש להם רצון שהשתמש בהם.

לשון השו"ע:

**מי שיש בידו מעות של יתומים, דינו כדין מעות שאר כל אדם ואסור להשתמש בהם:**

## סעיף ט

### הפקיד ואח"כ פדהו וגוי שהפקיד ואח"כ התגייר לענין אחריות שמירה

**בסעיף א התבאר** שאין חיובי שמירה בהקדש ובנכסי הגוי.

**וכתב הרמב"ם** (שכירות ב, ה):

הפקיד הקדש ואח"כ פדהו, והרי הוא חולין בעת שנטלו מיד השומר, או שהשאילו חולין ואח"כ הקדיש והוא ביד השואל, וכן גוי שהפקיד ואחר כך נתגייר, כל אלו אין בהן כל דיני השומרין עד שתהיה תחלתן וסופן נכסי הדיוט ונכסי ישראל.

**המגיד משנה כתב**:

במכילתא (דף ל"ג פרשה ט"ו בפרשת משפטים) וכי יתן איש אל רעהו וכתיב ישלם שנים לרעהו ולא להקדש ולא לאחרים. פי' בעינן לרעהו בשעת נתינה ובשעת תשלומין...

**ולמד מכך הסמ"ע (יב)** שבמידה והיה הנפקד גוי ואח"כ התגייר, אין לו דין שומר.

**הפת"ש (ט) הביא את דברי השער משפט (ג) שתמה על כך** שעולה מדברי הסמ"ע שאף אם הנפקד הוא גוי, אין עליו חיוב שמירה וזה לא יתכן שהרי מבואר בב"ק לז: לגבי שור גוי שנגח שור ישראל שאינו נפטר, על אף שכתוב "רעהו" וזאת מכוח הדרשה "ראה ויתר גוים"- ראה שאינן מקיימים שבע מצות עמד והתיר ממונן לישראל, וכתב שכן מבואר לגבי אונאה (סימן רכז סעיף כו) שאין דין אונאה לגוי ויש דין אונאה מגוי.

**ויישב השער משפט** שאכן למעשה חייב הגוי בחיובי שמירה אך אין זה מן הדין אלא מכוח הקנס ולכן במידה ונתגייר לא שייך לקונסו ושייך הדין המקורי שאינו מחוייב בשמירה.

**על פי זה חידש השער משפט** שעכו"ם שהתחייב לישראל מחמת ניזקין או אונאה או מדין השומרים ונתחייב גם כן לישראל אחר מחמת חוב של הלואה וכיוצא בו והעכו"ם אין לו לשלם לשניהם מגבין תחלה למי שהעכו"ם חייב מחמת הלואה, שלגביו חיובו מן הדין, ולגבי המפקיד זה מן קנס ואין לקנוס ישראל אחר על כך, **וסיים שהדבר צ"ע לדינא.**

לשון השו"ע:

**עובד כוכבים שהפקיד ואחר כך נתגייר, אין לו כל דיני השומרים, עד שיהיה תחלתו וסופו ישראל.**

(וכן חולין ואחר כך הקדישן ביד השומר) (טור בשם רמב"ם פרק ב' דשכירות).

## סעיף י

לשון הגמרא בב"ק צג.

שבר את כדי, קרע את כסותי - חייב.

ורמינהי: "לשמור" - ולא לאבד, לשמור - ולא לקרוע, לשמור - ולא לחלק לעניים!

**אמר רב הונא**, לא קשיא: הא דאתי לידיה, הא דלא אתי לידיה.

**אמר ליה רבה:** לשמור, דאתי לידיה משמע!

**אלא אמר רבה:** הא והא דאתא לידיה, ולא קשיא: הא דאתא לידיה בתורת שמירה, הא דאתא לידיה בתורת קריעה.

מבואר ממסקנת הגמרא שכשהפקיד חפץ בתורת שמירה ונתן לו לאבד, הוא חייב(משום שבעל החפץ לא הפקיד שידע שיתבענו אח"כ), ואם מלכתחילה נתן לו לשם איבוד הוא פטור, (אלא אם כן אמר לו במפורש על מנת לפטור ע"ש)

לשון השו"ע:

**אין השומר חייב אלא אם כן נתנו לו בתורת שמירה. אבל אם נתנו לו לאבד, פטור, דדרשינן: "לשמור"** (שמות כב, ט) **ולא לקרוע ולא לאבד.**

**והני מילי דאתא לידיה מעיקרא בתורת קריעה ואיבוד.**

**אבל אי אתא לידיה מעיקרא בתורת שמירה, והדר אמר ליה: קרע, חייב אי לא אמר ליה על מנת לפטור.**

# סימן שג
## שומר שכר באיזה דבר חייב או פטור ומאימתי מתחייב, ובו ט״ו סעיפים.

## סעיף א

### מאימתי מתחייב שומר שכר וסוגי שכר ההופכים את השומר לשומר שכר

### האם יש צורך במשיכה בכדי להתחייב בשמירה?

**בסימן רצא סעיף ה הבאנו באריכות את המחלוקת** האם יש צורך במעשה קניין בשביל להתחייב בחיובי שמירה, או שניתן להתחייב אף ללא מעשה קניין.
**המחלוקת נסובה סביב דברי הגמרא בב״ק עט.** שמסיקה ש׳תקנו משיכה בשומרים׳.
**וסביב דברי הגמרא בב״מ צט.** שמביאה מחלוקת בזה בין רב הונא ור׳ אלעזר.
**מדברי רש״י** (ב״ק עט. ד״ה ׳תיקנו משיכה׳) **והרמב״ם** (שכירות ב, ח ובפירוש המשניות ב״ק ז , ו) עולה שסברו שללא משיכה לא התחייב השומר בשמירה.
**לעומתם סברו תוס׳** (ב״מ צט. ד״ה ׳כך תקנו׳) **והרא״ש** (ב״מ ח, טו) ששומר מתחייב אף קודם משיכה והצורך במשיכה הוא רק בכדי שלא יוכל לחזור בו.
**בסימן זה סתם השו״ע כדעת רש״י והרמב״ם** שללא משיכה לא התחייב השומר.
**ובסימן רצא הביא את ב ׳ הדיעות** (את דעת תוס׳ והרא״ש בלשון ׳יש מי שאומר׳ ואת דעת רש״י בלשון ׳יש מי שאומר׳- בתרא).
**אף בסימן שז סעיף ב הביא השו״ע** את ב׳ הדיעות, אלא שכתב בסתם כדעת רש״י ו׳דעימיה׳ שאינו מתחייב ללא משיכה.
**הש״ך בסימן רצא** (ס״ק יג) **כתב** שהעיקר בש״ס כדעת רש״י ׳ודעימיה׳ שלא מתחייב באחריות ללא משיכה.
**וכתב הנתיבות בסימן רצא** (ס״ק יב) שאף לשיטה זו הסוברת שיש צורך במשיכה בכדי להתחייב באחריות, אם הקדים המפקיד שכר לשומר שכר, התחייב השומר באחריות מדין ׳קנין מעות׳ שמועילות מדאורייתא לר׳ יוחנן שנפסק להלכה כמותו, וכאן לא שייך החשש של ׳נשרפו חיטך בעליה׳ עי״ש בדבריו.

### שומר שקיבל שכר פחות משוה פרוטה

**בגמ׳ בב״מ צו. מסתפק רמי בר חמא** האם השואל פחות משווה פרוטה מוגדר כשואל, ולא נפשט ספק זה, יחד עם ספיקות נוספים של רמי בר חמא.
**וכתב הרא״ש** (ב״מ ח, א) שהואיל וספיקות אלו לא הוכרעו, אין לחייבו במקרים אלו מדין שואל, **ומכול מקום כתב הרא״ש** : ׳אי איכא הנאת שוה פרוטה לשואל מיחייב בגניבה ואבידה כדין שומר שכר׳.
**ולמד הש״ך (א) מדבריו** שכשאשר שכרו הוא פחות משווה פרוטה, אין להגדירו כשומר שכר.

### שליח שקיבל דורון בעבור שליחותו אם מוגדר כשומר שכר

**הב״י הביא את דברי ההגהות מרדכי** (נוספות סימן תנד) שכתב : ׳גם זו מצאתי אדם ששלח לחבירו שום דבר להוליך למקום אחר ובתוך כך שלח לו דורון נראה דשומר שכר הוי׳
**המרדכי הביא ראיה לזה מהמבואר בב״מ סח:** שלעניין ריבית די שיטבול עמו בציר בשביל להחשב שקיבל שריבית.
**הב״י כתב** שצריך להתיישב בדין זה.
**הרמ״א פסק** את דברי ההגהות מרדכי בלשון ׳יש אומרים׳.

### השולח חבירו למכור שכורתו ואמר לו שימכור בסך מסוים והמותר יהיה לו

**הרמ״א פסק ע״פ דברי מהרי״ק** (שורש קנה) (ב) שאם שלח חבירו למכור לו דבר מסוים, ואמר לו חבירו : ׳אמכרנו׳, והמשיך המשלח ואמר : ׳הא לך חפץ זה ותתנהו בכך וכך והמותר יהא לך׳ ושתק השליח, נעשה כשומר שכר, הואיל ושתיקתו נחשבת כהודאה שהסכים לשכר, ונעשה שומר שכר.

### האם משרתו של אדם מוגדר כשומר שכר

**המחנה אפרים** (שומרים סימן לא) **למד מדברי מהרש״ך** (ב, פה) שהמוסר למשרתו חפץ לשמור, אין להגדירו כשומר שכר על אף שהוא מקבל שכר כמשרת, היות ואינו מקבל שכר מסוים בעבור מלאכה זו.
**המחנה אפרים למד כן מדברי המהרש״ך מכך שכתב** ששומר שכר שמסר למשרתו חייב משום שהפטור של ׳כל המוסר על דעת אשתו ובניו הוא מוסר׳, שייך בשומר חינם ולא בשומר שכר, ואם היה סובר מהרש״ך שאף המשרת נחשב כשומר שכר, לא הייתה פשיעה במסירה אליו (ועיין בדברי

מהרש"ך שעיקר טענתו שהמשרת אינו אדם אמין מספיק ולבסוף כתב שאף אם היה שומר חינם היה חייב כשמסר לו ויתכן שלכן חייב בתחילה בשומר שכר משום שמסירה למשרת אינה שמירה מעולה, עיין בזה ודוק)
**הפת"ש (א) כתב שנראה שהקצות בסימן רצא** (ס"ק ו) **חלוק על המהרש"ך בזה**, ששם השיג על המהרש"ך וכתב שהיות והמשרת מקבל שכר, יש לפטור את השומר, עי"ש.

לשון השו"ע:
**שומר שכר גם הוא אינו מתחייב בשמירתו עד שימשוך במקום שראוי למשוך, כמו שנתבאר בסימן רצ"א בשומר חנם.**
הגה: יש אומרים: אדם ששולח לחבירו שום דבר להוליכו למקום אחד, ותוך כך שלח לו דורון, הוי שומר שכר (הגהות מרדכי פרק איזהו נשך ועיין בב"י).
ראובן שאמר לשמעון: יש לך חפץ פלוני למכור אשרתך ואמכרנו, ושמעון אומר: תנהו בכך וכך והמותר יהא שלך, נעשה ראובן שומר שכר עליו, אף על פי ששתק כשקבלו (מהרי"ק שורש קנ"ה).

## סעיף ב

### האם שומר שכר פטור מאונס של גניבה ואבידה?

לשון המשנה בב"מ צג.
ונושא שכר והשוכר נשבעים על השבורה ועל השבויה ועל המתה, ומשלמין את האבידה ואת הגניבה.
**מבואר במשנה** ששומר שכר מחוייב גם במציאות שהחפץ נגנב או נאבד ולא רק במקרה שפשע בשמירה, וזאת בניגוד לשומר חינם שמחוייב רק על פשיעה.
**אך מכול מקום** אף שומר שכר פטור במקרה שהבהמה נשברה או נשבתה, מציאויות אלו מוגדרות כאונס שעליהם אף שומר שכר אינו מתחייב (בניגוד לשואל שמחוייב אף על אונס).
**נחלקו הראשונים** האם ישנם מציאויות בהם אף גניבה ואבידה תוגדר כאונס הפוטר את השומר שכר, היות ועשה כל שביכולתו בכדי שהדבר לא יקרה, או שלעולם יתחייב שומר שכר על גניבה ואבידה,
ובקצרה:
- **דעת התוס' בב"ק** (נז. ד"ה 'כגון') **והרא"ש** (ב"ק ו, ה) שלעולם יש לחייב באונס גניבה ואבידה למעט מציאות של ליסטים מזויין.
- **לדעת תוס בב"מ** (מב. ד"ה 'אמר שמואל') נראה שיש לפטור באונס גניבה ואבידה כבכל אונס.
- **לדעת הרמב"ן** (ב"מ מב. כל העמוד) יש לחלק בין מציאות ששמר באופן מעולה ואעפ"כ נגנב שבזה עדיין יש לחייבו שהיה לו לשמור בעצמו, לבין מציאות שנאנס בגופו כגון שהיה לו חולי וכדו' ולא יכל לשמור שבזה יש לפטור.
- **לדעת הרשב"א** (ב"מ מב. ד"ה 'וכשקפץ עליו החולי', ב"מ צג: ד"ה 'לאביי') יש לחלק בין אונס שנעשה בפקדון עצמו שבזה פטרה תורה כגון נשברה מתה או נשבתה, לבין מציאות של אונס הגוף כגון חולי או שינה שבזה יש לחייב.

**השו"ע הביא את דעת תוס' בלשון 'ויש אומרים'.**
**אמנם הש"ך (ד) והגר"א** (ליקוט- ד) **כתבו** שהעיקר להלכה שיש לפטור מאונס גניבה ואבידה כבכל אונס.
**מדברי הנתיבות בכל מהלך הסימן** (ס"ק א-ב, ו ועוד) **מתבאר** כי לדעת המחייבים באונס, יש לחייב בכל אונס גוף בין במציאות של גניבה ובין בשאר דברים, ובמציאות של גניבה יש לחייב אף כשהאונס הוא בפקדון.
ולדעת החולקים יש לפטור בכל אונס שהוא.
(וזה לכאורה סוג של עירוב בין שיטת הרשב"א לשיטת תוס ועיין במהדורת 'דזמיטרובסקי' בהערות בסוף שהעירו מזה)

**ובהרחבה:**
**התוספות** (ב"ק נז. ד"ה 'כגון') **והרא"ש** (ב"ק ו, ה) **סברו** שלעולם יש לחייב שומר שכר במציאות שהחפץ נגנב או אבד, למעט מציאות בו נגנב החפץ על ידי ליסטים מזוין.
**תוספות והרא"ש למדו כן מסוגית הגמרא בב"ק נז.** שדנה בשאלה אם שומר אבידה מוגדר כשומר שכר או כשומר חינם.
**שם רצה אביי להוכיח** ששומר אבידה נחשב כשומר חינם ממאמרו של רבי חייא בר אבא בשם רבי יוחנן ששומר אבידה שטען בשקר שהאבידה נגנבה, חייב לשלם תשלומי כפל כדינו של גנב. ואם דינו של שומר אבידה כשומר שכר לא היה לנו לחייבו כפל שהרי אינו פטר בטענה זו, שהרי שומר שכר חייב בגניבה ואבידה.
**ודחאו רב יוסף** שמדובר כשטוען שנגנב ע"י ליסטים מזויין, שבזה נפטר גם שומר שכר (אמנם אביי חלק וסבר ששומר שכר אינו נפטר בגניבה ע"י ליסטים מזויין משום שאף הוא גנב שמסתתר מאנשים).

**ומכאן הוכיחו תוספות והרא"ש** ששומר שכר אינו נפטר מגניבה ואבידה אף כששמר בצורה מלאה כגון שהטמין את המעות בקרקע בעומק, ואף אם נאנס ע"י חולי או טירוף הדעת או ששינה נפלה עליו.

**התוספות כתבו שאת הראיה מגמרא זו ניתן לדחות**, משום שסוף כל סוף רב יוסף השיב תירוץ טוב, ולא היה צריך לתרץ שמדובר במציאות ששמר באופן כזה שיש לפוטרו.

**אך כתבו תוספות שמהגמרא בב"מ צה. ישנה ראיה ניצחת** לזה שאין פטור מגניבה ואבידה למעט פטור של ליסטים מזויין, משום שם הגמרא לומדת ששואל מחוייב בגניבה ואבידה מק"ו ומה שומר שכר שפטור באונסים מחוייב בגניבה ואבידה, שואל שחייב באונסין, אינו דין שיתחייב בגנבה ואבידה. הגמרא מנסה לדחות ראיה זו שיש צד חמור בשומר שכר שהוא מתחייב בכפל כאשר הוא טוען שהחפץ נגנב או אבד, משום שבזה הוא בא לפטור את עצמו ואילו שואל לא התחייב בזה כפל, משום שבלאו הכי הוא לא יפטר, הגמרא דוחה את הפירכא הנ"ל ב2 דרכים: האחת- עדיין חומרתו של שואל גדולה בכך שהוא מתחייב קרן גם כאשר החפץ נגנב ע"י ליסטים מזויין. השניה- הברייתא סברה ששומר שכר אינו נפטר ע"י ליסטים מזויין, וממילא אינו מתחייב כפל כשטוען טענת גניבה.

**וכתבו תוספות** שאם היינו סוברים שיש מציאות ששומר שכר נפטר מגניבה ואבידה כששמר שמירה מעולה, ממילא התירוץ השני לא מועיל כלום שעל אף שמתחייב בליסטים מזויין, מכול מקום פטור בגניבה כששמר שמירה מעולה ואם יטען כן לשקר יתחייב כפל ונמצא שיש בו צד חמור משואל ונפרך הק"ו.

**התוספות בב"מ מב.** (ד"ה 'אמר שמואל') לא הסכימו כלל לקבל את הרעיון שלעולם יתחייב שומר שכר בגניבה ואבידה וכתבו שזהו 'תמהון גדול הוא למה לא יהא אונס אם העמיק בקרקע ק' אמות דמאי ה"ל תו למיעבד או אם תקפתו שינה או חולי גדול ואיך יתכן ששום גניבה לא נמצא שתהא אונס גמור כליסטין מזויין'.

**התוספות בב"ק הביאו שר"י השיב על טענה זו** שכיון שחייב הכתוב שומר שכר בגניבה וסתם גניבה קרובה לאונס, הסברא היא שבכל ענין יתחייב מגזרת הכתוב ואפילו באונס גמור, וזאת בניגוד לליסטים מזויין שפטרו הכתוב כשאמר: 'ומת או נשבר **או נשבה".**

**הרא"ש הוסיף להוכיח ששומר שכר בכל גניבה מלשונו של השאילתות** (פרשת ויצא) **שכתב**:

> ואי באגרא אשלימה ליה אף על גב דאוקמה בדוכתא נטירותא ונגנבה או נאבדה חייב באחריותה. דבעי למיתב בהדה ביממא ובלילא שנאמר הייתי ביום וגו'. ואי יתיב בהדה ונטרה ואתי ליסטים מזויין ולא הוה מצי למיקם באפיה פטור מלשלמה והוית כשבויה ושבויה בשומר שכר לא מחייביה רחמנא.

[ונראה שעיקר דיוקו הוא מכך שגם בליסטים מזויין הפטור אינו נובע מכך שהוא אנוס בגניבה, אלא משום שפטרו הכתוב במילה: 'או נשבה']

**עוד הוכיח הרא"ש מהירושלמי** (שבועות ח, א):

> רבי אבהו בשם רבי יוחנן: נאמרה שמירה בשומר חנם ונאמר שמירה בשומר שכר ולא דמייא שמירה שנאמר בשומר חנם לשמירה שנאמר בנושא שכר:
>
> שמירה שנאמר בשומר חנם כיון ששימר כל צורכו פטור.
>
> שמירה שנאמר בשומר שכר אין משערין אותו אלא בגופו לפיכך רואין אותו אם היה ראוי לשמירה פטור ואי לא, חייב.

**ודייק הרא"ש מהירושלמי** ששומר שכר חייב בגניבה לעולם, אלא אם כן גופו היה שם ולא יכל להציל.

**לרמב"ן** (ב"מ מב. כל העמוד) **ישנה שיטה ממוצעת בזה,** והיא ששומר שכר לא נפטר במידה והטמין במקום מסויים והלך, אף במידה וזהו המקום השומר ביותר, משום שלעולם נדרש ממנו לשבת ולשמור, אך במידה שישב ושמר ונאנס, כגון שקפץ עליו החולי או אונס אחר בגופו- פטור (הרמב"ן טען שמציאויות אלו אינם שכיחות ולכן לא הביאתם הגמ' בב"מ צה. וכתב שתירוץ זה לא יכול להיאמר אם נאמר על כל שמירה מעולה יש לפוטרו.

**לרשב"א** (ב"מ מב. ד"ה 'וכשקפץ עליו החולי', ב"מ צג: ד"ה 'לאביי') **ישנה שיטה נוספת** והיא שלא פטרה אותו התורה אלא באונס בגופו של פקדון, כגון שנשבר נאנס או אבד וכיוצא בזה, אבל כל שהאונס היה באדם כגון שהיה חולה או עייף, או מחמת סיבות אלו ואחרות שלא יכל לשמור כראוי אין לפוטרו.

**השו"ע הביא רק את דעת ר"י והרא"ש בלשון יש אומרים** ששומר שכר אינו נפטר מגניבה ואבידה אף ע"י אונס למעט מציאות של ליסטים מזויין.

**אמנם הש"ך (ד) כתב** שהעיקר להלכה שפטור במידה ונאנס בגניבה והביא שכן פסק המהרש"ל (ים של שלמה ב"ק ו, יא) וביאר שאף הירושלמי והשאלתות לא דברו במידה והשומר שמר שמירה מעולה, אלא בסתם שמירה כדרכה.

**אף הגר"א** (ליקוט - ד) **כתב** שראיות תוספות אינן מוכרחות ושאף תוס' עצמם בב"ק סיימו בלשון 'ודוחק' על דברי ר"י, וההגהות מימוניות (שכירות א, ג) חולק בזה על תוספות (שם כתב כן בשם פסקי ר' חזקיה[185])

**מדברי הנתיבות בכל מהלך הסימן** (ס"ק א-ב, ו ועוד) **מתבאר** כי לדעת המחייבים באונס, יש לחייב בכל אונס גוף בין במציאות של גניבה ובין בשאר דברים, ובמציאות של גניבה יש לחייב אף כשהאונס הוא בפקדון, ולדעת החולקים יש לפטור בכל אונס שהוא (וזה לכאורה סוג של עירוב בין שיטת הרשב"א לשיטת תוס ועיין במהדורת 'דזמיטרובסקי' בהערות בסוף שהעירו מזה והתקשתי הרבה בהבנת המציאויות בהם דיבר הנתיבות, ולכן לצערי מיעטתי מלהביא דבריו בסימן זה והמעיין יעיין.)

## האם שומר שכר חייב באונס גדול של אבידה?

**המהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק ו, יא) **הניח בפשטות שאף ר"י והרא"ש** שמחייבים שומר שכר באונס של גניבה, יודו שרבה אינו מסכים לדין זה היות ורבה סבר שכל ששמר כדרך שמירת האנשים ואפילו שלא בשמירה מעולה פטור כמבואר בגמ' בב"ק צג.- :

**אמנם הקצות (א) השיג עליו** וסבר שתוס' ורא"ש יסברו שאף רבה מודה שאין פטור אונס בגניבה, ורבה דיבר בפטור של שמירה במידה ובא זאב וטרף.

**וחידש הקצות** שבאבידה, אף האמוראים החולקים על רבה וסובר שצריך לשמור שמירה מעולה, יודה שמכול מקום אם שמר שמירה מעולה והחפץ אבד, הוא יפטר, וכל חידושם של תוספות נאמר דווקא לגבי גניבה הואיל וכל גניבה קרובה לאונס ואעפ"כ חייב הכתוב, ואין כל אבידה קרובה לאונס, ולכן אין לומר שחייב גם באבידת אונס.

**הנתיבות (ב) דחה את דברי הקצות** שהרי הגמרא הקשתה על שיטת רבה מברייתות מהם עולה שהאונס היחיד הפוטר את השומר שכר הוא כגון שחבורת שודדים פושטת על הבהמות (כסיפור המתאר באיוב א, טו), וכן שחייב השומר לשמור בקור ובחום (כפי ששמר יעקב אבינו על צאן לבן בראשית לא, מ) ואינו רשאי ללכת לעיר כמנהג השומרים.

**ומדוע לא תירצה הגמרא** שאף רבה מודה שלענין גניבה לא מועילה שמירה כדרך השומרים.

## לשיטות המחייבות באונס גניבה, מה הדין באונס שגם אם היה השומר נמצא לא יכל להציל (כגון ליסטים מזויין ועוד)

**הבאנו לעיל שלדעת הרא"ש** (ב"ק ו, ה) יש לחייב על אונס גניבה, והביא הוכחה לזה מהירושלמי וכך סיים דבריו : 'משמע דלעולם הוא חייב בגניבה ואבידה אא"כ היה גופו שם ולא יכול להציל'.

**היה מקום להבין מלשון הרא"ש** שאם לא היה שם, יש לחייבו אף כשלא יכל להציל.

**ונראה שכך הבין הטור בדבריו, וכך כתב הטור** : 'אפילו הקיפהו חומה של ברזל אין אומרים רואין אילו היה שם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור. אלא אומרים אילו היה שם היה יכול להציל'.

**מדברי הטור נשמע** שהסיבה שאנו מחייבים אותו כשאינו פה ואיננו תולים בכך שיכל להציל, הא משום שבכל אופן אנו אומרים שיתכן ויכל להציל.

**עמדה זו מזכירה את שיטת הטור** ביחס למציאות שפשע השומר והלך לעיר שלא כדרך השומרים ובאה חיה, שלדעת הטור חייב ואין לומר שבלאו הכי לא היה יכול להציל שניתן לתלות בכך שיוכל להציל עיין לעיל סימן רצא סעיף יב ולקמן סעיף י.

**אך אין דמיון מוחלט** משום שכאן לא פשע ממש, ששמר כראוי אלא שהיה נדרש ממנו להשאר בכל זאת ולכאורה היה לדמות זאת למי שהלך כדרך השומרים שבזה כולם מודים שפטור.

הפרישה (ב) נדרש לקושיא זו וביאר שדווקא במציאות שאנו פוטרים מהאונס כגון שבא זאב, איננו תולים באפשרות רחוקה שיכל להציל, אבל במקום שאנו מחייבים באונס כגון בגניבה, יש לנו לתלות אף במציאות רחוקה שיכל להציל, ולכן כל שלא היה שם יש לחייבו

**השו"ע ניסח זאת בצורה לכאורה קיצונית יותר, וזה לשונו** : 'ואפילו אם אילו היה שם לא היה יכול להציל, חייב בגניבה ואבידה, אלא אם כן היה שם ולא היה יכול להציל'.

**ומלשונו משמע** שאנו מחייבים את הנפקד אף שלא היה כלל אפשרות שיציל הואיל וסוף כל סוף לא היה שם, דין זה מוקשה עוד יותר מהמבואר בסעיף י שאין לחייב אדם על פשיעה שעשה במידה וההיזק היה קורה בלאו הכי אלא אם כן ניתן לתלות שיכל להציל, ולדעת השו"ע שם אף במקרה זה אין לחייב?

**הסמ"ע (ג) נדרש לשאלה זו ותירץ בזה הלשון** : 'דשאני התם דשם האונס דטריפת זאב עליה, משא"כ הכא דשם גניבה עליו, ולכך בענין שיהא שם דוקא'. והוסיף : 'עיין פרישה שכתבתי על פי לשון הטור שהוא קצת בענין אחר **פירוש אחר**'.

**דבריו אינם בהירים לי דיים**, אך היה נראה לבאר שבכוונתו שבכדי שגניבה אינה תחשב כגניבה אלא כאונס של ליסטים מזוין, צריך שבפועל הוא יהיה שם, אך ללא זה אף ליסטים מזויין נחשב כגנב גמור.

---

[185] כנראה פסקי מהרי"ח עיין במאמרו של פרופסור שמחה עמנואל 'חכמי גרמניה במאה השלוש עשרה: רצף או משבר? עמוד 3)

**אך הנתיבות (ב) לא הבין כך וכתב** שהשו"ע לא עסק בליסטים מזויין, ובליסטים מזויין יש לפוטרו אף כשלא היה שם, משום ששם 'שבויה' עליו, כשם שאמר הסמ"ע לעניין זאב ששם אונס 'עליו'.
**אך מערוך השולחן (ז) נראה שהבין כדברינו** שהשו"ע חייב במקרה של ליסטים מזויין במידה ולא היה שם.
**יש לציין שהרא"ה בשטמ"ק** (ב"מ נז. ד"ה 'ולשיטת הרא"ה') סבר אף הוא כשיטת התוספות והרא"ש שיש לחייב על כל אונס ואפילו אם שמרה בחומת ברזל, אך הניח בפשטות שבמידה ואף אם היה שם לא היה חייב להציל יש לפוטרו ותלה כן גם בדברי הירושלמי. (ובאמת לי נראה שאף הרא"ש לא התכוון לאסור גם בזה, וגם הטור אסר רק כשניתן לתלות שהיה יכול להציל, ואף זה קשה כפי שהערנו לעיל ותירוצו של הפרישה אינו מניח את הדעת מספיק).

## שומר שכר שנאנס האם יכול לדרוש שכרו?

**כתב המגיד משנה** (שכירות ב, א) ששומר שכר שנאנס יכול עדיין לדרוש שכרו ע"י שבועה, והביאו הש"ך (ה).
**המגיד משנה למד כן מהמבואר בגמרא בב"ק נז:-נח.** שהקשתה על המשנה האומרת שאין חיוב שבועה בשמירה על ההקדש מהמבואר בברייתא שאם נגנב מהגזברים צריכים להשבע ותירצה הגמ' שמדובר בשומרי שכר שנשבעים ליטול שכרם, ומדובר שנגנבו ע"י ליסטים מזויין שבזה נפטרו, ועולה מכאן במפורש שכאשר נאנסו יכולים לגבות שכרם.
**וכתב הנתיבות (ג)** שמכול מקום השומר אינו יכול לדרוש את הכסף שקצב עמו גם בעבור הזמן שכבר נאנס החפץ עד סוף מן השמירה המקורו, הואיל וזהו אונס ששני הצדדים לא היו אמורים לצפות לו, שבזה בעה"ב אינו חייב לשלם כמבואר בסימן שלד סעיף א, אך מכול מקום צריך לשלם לו על מה ששמר עד אותו הזמן.
**עוד כתב הנתיבות** שיכול להשבע שבועה זו גם בקרקעות ובשאר דברים שלא שייך בהם שבועת השומרים, משום ששבועה זו הינה שבועת הנוטלים כדין חנוני על פנקסו עי"ש בדבריו.
לשון השו"ע:

**שומר שכר חייב בגניבה ואבידה.**
**ויש אומרים שאפילו שמר כראוי ונתן הכספים תחת הקרקע בעומק מאה אמה, שאי אפשר לגנבם משם אם לא ע"י מחילות, או נם בעידנא דניימי אינשי ונגנבו[186], או קפץ עליו חולי ולא יכול לשומרה וכל כיוצא בזה, חייב.**
**ואפילו הקיפו חומה של ברזל.**
**ואפילו אם אילו היה שם לא היה יכול להציל, חייב בגניבה ואבידה.**
**אלא אם כן היה שם ולא היה יכול להציל.**

# סעיף ג

## פטור שומר שכר מליסטים מזויין ועוד בעניין פטור אונס בשומר שכר

**בסעיף הקודם התבאר** כי כולם מודים ששומר שכר נפטר במקרה שנגנב ע"י ליסטים מזויין כפי שעולה מן הגמרות (ב"ק נז. ב"מ צג. ב"מ צה. ועוד).
**הגמרא בב"מ בדף צג. הסתפקה** האם יש לפטור את השומר בגניבה ע"י לסטים מזויין כשהרועה בעצמו גם מזויין, והספק הוא אם יש להעמיד אדם מול אדם ולומר שיכל השומר למנוע מהליסטים מלגנוב, או שיש לומר שהליסטים מוסר נפשו, ולכן אין ביכולתו של השומר למנוע ממנו.
**והסיקה הגמרא** שיש לפטור את השומר אף במקרה שהוא מזויין מהטעם שהבאנו, **וכן נפסק בשו"ע.**

## נשרף ביתו והיה הפקדון בבית, מתי נפטר השומר?

**כתב הב"י:**
ונראה לי שאם נפלה דליקה בעיר ונשרפו חפצים שהוא שומר שכר עליהם אם יודע בבירור שנשרפו, נשבע שנשרפו ופטור דהוי כטבעה ספינתו בים והוא שלא היה יכול להציל לא על ידי עצמו ולא על ידי אחרים בשכר שהיה נותן להם וכדאמרינן (ב"מ צג:) 'הוה ליה לקדם ברועים ובמקלות שומר שכר בשכר ושומר חנם בחנם'.
אבל אם אינו יודע בבירור שנשרפו רק שהיו בביתו או בחנותו ונשרף הבית או החנות אינו יכול לישבע שנשרפו דשמא נגנבו על ידי הגויים המחזרים לגנוב כלים שבבתים ושבחנויות קודם שישרפו וחייב לשלם.

---

[186] הנתיבות (א) הקשה על לשון זו של השו"ע שהרי כשנם כדרך האנשים מחוייב לשלם לכ"ע וכפי שיבואר להלן (סעיפים י-יא) שנפסק שלא כרבה ולא די שישמור כדרך השומרים.

אלא אם כן אותם גויים המחזרים הם לסטים מזויינים דאז ישבע שנשרפו או נגנבו על ידי לסטים מזויינים ויפטר.

**הרמ"א פסק כדברי הב"י.**

**(הנתיבות (ו) התקשה בפסק זה** וביאר שמדובר שהלסטים אנסוהו ולכן לא יכל להציל, ובזה יש לחלק בין מציאות שברח מחמת שלא יזיקוהו שחייב על אף האונס, לבין מציאות שהיה שם ולא נתנו לו להציל.
והסיק שדין זה נכון רק לשיטת השו"ע שפסק ששומר שכר חייב באונס גופו, אבל לשיטת הש"ך שהכריע שאין לחייב באונס גופו, יש לפטור במידה שברח מחמת האונס ע"ש. הנתיבות הוציא מזה מספר עקרונות שפירטם בס"ק ב והבאנו את תמצית העקרונות לעיל בסעיף ב].

## שומר שנאנס והציל את שלו ולא של חבירו אם חייב בשומר חינם ובשומר שכר?

**הרמ"א בתשובה** (סימן קו) **דן** בשומר שכר שנאנס בשריפה והציל את שלו ומכוח זה לא יכל להציל את פקדון חבירו.
**ופסק הרמ"א** שהשומר חייב שפשע בזה שהציל את שלו ולא הציל את הפקדון של חבירו.
**הרמ"א הוכיח כן מדברי הרשב"א** (ב"מ מב. ד"ה 'וכשקפץ עליו החולי', ב"מ צג: ד"ה 'לאביי') שהכריע שיש לחייב שומר שכר על כל אונס גופו ואפילו אנסתו שינה או כל אונס אחר, ואף כאן היות ויכל להציל והיה לו אונס אחר שלו, יש לחייבו.
**עוד כתב הרמ"א** שאין לדמות זאת לדין שיתבאר לקמן שנכנס ברשות ובא זאב וטרפו שבמידה ולא יכל להציל אף אם היה, יש לפוטרו, משום שכאן היה יכול להציל.
**הרמ"א הביא ראיה מדברי המרדכי** (ב"מ סימן רפב) שכתב לגבי שומר שהשאיל ספר ונשרף ביתו שכל שיכל להשכיר אנשים שיצילו חייב כמבואר בגמרא בעניין 'היה לו להקדים ברועים ובמקלות' הרמ"א הביא שהשואל רצה להביא ראיה דווקא מסוגיא שאומרת שהיה לו להקדים ברועים ובמקלות שאין לחייבו, משום ששם מבואר שהמפקיד צריך להחזיר לשומר את מה שהוציא שלא מצאנו שיש לחייב שומר שכר באונס, והוא הדין כאן שלא היה לו להפסיד שלו מכוח האונס.
**והשיב לו הרמ"א** שאין הנדון דומה לראיה ששם מדובר שיש אונס שאינו יכול להציל אלא ע"י הוצאת כסף, ואילו במקרה שלנו הוא יכול להציל אלא שיגרם לו הפסד אחר, וזה אינו נקרא אונס ויש להגדיר זאת כפשיעה[187]
**הש"ך (ז) הסיק מדברי הרמ"א** שאף שומר חינם התחייב במקרה זה, משום שהרמ"א הגדירו כפושע.
**הש"ך עצמו כתב** שדין זה צ"ע להלכה.
**אמנם הקצות (ג) והנתיבות (ה)** כתבו שאף הרמ"א לא התכוון לחייב אלא שומר שכר, וכתב הקצות שפשוט שכשם שנפטר במציאות שישן בזמן שישנים אנשים וכדו' כך פטור כשהציל את שלו .
**וכתב הקצות שכן מוכח מכך שהרמ"א הוכיח דבריו משיטת הרשב"א** שחייב בכל אונס הקשור לגופו, וזה ודאי דווקא בשומר שכר.
**הפת"ש (ד) הביא שגם הנודע ביהודה** (קמא חו"מ סימן לו) **והשב יעקב** (חלק חו"מ סימן כג) **סברו** כקצות והנתיבות ששומר חינם פטור במקרה זה.
**עוד הביא שהנודע ביהודה כתב** שיש מקום להשיג על דינו של הרמ"א גם ביחס לשומר שכר, אלא שאינו כדאי לחלוק על הרמ"א.
**עוד הביא שהחתם סופר** (חו"מ סימן טז) **כתב** שדווקא שומר שכר רגיל חייב במקרה זה, אך אם קיבל הנאה מועטת בלבד, אין בזה בכדי לחייבו להפסיד ממון שלו, **והביא שכן כתב המהרש"ך** (חלק ב סימן קסט).
**עוד כתב החת"ס** שאם לא היה על השומר להעלות שפקדון חבירו יאנס גם והלך להציל ממונו ונאנס ממון חבירו, הוא פטור.

## לא הציל ממון חבירו מחמת אונס נפשות

**הנתיבות (ה) כתב לפי יסוד הרשב"א שהוזכר לעיל** ששומר שכר מחוייב באונס גופו שאינו אונס פקדון, שאף אם לא הציל ממון חבירו מחמת אונס נפשות הוא חייב, שסוף כל סוף שומר שכר אינו נפטר מאונס גופו.

---

[187] חילוק זה צ"ע גדול שהרי סוף כל סוף מוכח מהגמרא שאין לו להפסיד ממונו וא"כ מהיכא תיתי שכאן רשאי להפסיד, ולכל הפחות צריך להיות הדין שהמפקיד יחזיר לו את ההפסד, ולשיטת הראב"ד בסעיף ח גם אם לא הציל אין לחייבו אלא את ההפרש ממה שהיה המפקיד היה צריך להחזיר לו, ויתכן שלזה כיוון הנו"ב שנביא לקמן שכתב שאם לדין יש תשובה לדברי הרמ"א, ודוק.
ועיין לקמן שנביא שאכן השב יעקב למד מדברי הרמ"א שבמקרה דנן המפקיד לא צריך להשיב כלל לשומר שכר על מה שהפסיד, וזהו דבר תימה וכפי שכתבנו.

## הציל את של חבירו ומחמת זה הפסיד ממונו אם חייב המפקיד לשלם לו על ההפסד

**השב יעקב דן באריכות** האם במציאות שהשומר הפסיד ממונו מפני שהציל את ממון חבירו ולא היה פנוי להציל את שלו, צריך המפקיד לשלם לו על הפסדו.
וכתב שבמידה והוא שומר שכר, המפקיד אינו מחוייב לשלם לו, ולמד כן מדברי הרמ"א בתשובה שכתב שההפסד שמפסיד מחמת הצלת הפקדון אינו מוגדר כאונס[188], והאריך לדון שבמקרה שם אין להחשיב את השומר כשומר שכר, ופלפל בסוגיית 'שטף נהר חמורו וחמור חבירו' (עיין לעיל סימן רסד).

לשון השו"ע:

**שומר שכר פטור מאונסים.**

**איזהו אונס? בא עליו לסטים מזויין, אפילו אם גם הרועה מזויין, לפי שהליסטים מוסר נפשו יותר.**

הגה: אם נפלה דליקה בעיר ונשרפו החפצים שהיה שומר שכר עליהם, הוי אונס, אם לא היה יכול להציל בעצמו ולא על ידי אחרים (מרדכי).
ודוקא שיודע בודאי שנשרפו, אבל אם אינו יודע בבירור, רק שהיו בבית שנשרף, אינו יכול לישבע שנשרפו דדילמא עובדי כוכבים נכנסו וגנבו אותו, ולכן חייב לשלם אלא אם כן עובדי כוכבים הנכנסים הם ליסטים מזויינים, דאז ישבע שנשרפו או נגנבו בלסטים מזויינים, ופטור (שם [יש להעיר שמקורו בב"י]).

## סעיף ד

### מתי ביאת זאבים וכלבים מוגדרת כאונס?

לשון המשנה בב"מ צג:

זאב אחד - אינו אונס, שני זאבים - אונס.

**רבי יהודה אומר:** בשעת משלחת זאבים, אף זאב אחד אונס.

שני כלבים - אינו אונס.

ידוע הבבלי אומר משום רבי מאיר: מרוח אחת - אינו אונס, משתי רוחות - אונס.

### זאבים

**מבואר במשנה** שלא כל פעם שבאה חיה רעה לכוון הצאן זה נחשב כאונס:
**לדעת ת"ק** אם בא זאב אחד, לעולם אין זה מוגדר כאונס, וכשבאו שנים זה אונס.
**ואילו ר' יהודה סובר** שבשעת 'משלחת זאבים'. (רש"י מפרש: שחיה רעה משולחת בגזירת המלך קופצת היא על אדם אחד[189]).
**להלכה הכריעו הפוסקים כדעת ת"ק** שזאב אחד אינו מוגדר כאונס.
**הנודע ביהודה** (קמא- חו"מ סימן לו) **והקצות (ג) כתבו** שנראה ששומר חינם פטור גם במידה ובאר רק זאב אחד, ודייקו כן מכך שכתבה המשנה שאין זה אונס, ולא שזו פשיעה [הקצות כתב שפטור 'היכא דמגיע לו איזה נזק בגופו דשומר חנם פטור כה"ג כיון דאין צריך להתגרות בזאב אחד היכא דמגיע לו היזק בגופו אפילו נזק קצת'].

### כלבים

**עוד מבואר במשנה** שאף אם באו שני כלבים אין זה אונס.
**אך ידוע הבבלי סייג זאת בשם ר' מאיר ואמר** שבמידה ובאו משתי רוחות הרי זה אונס.
**נחלקו הראשונים אם לפסוק כדברי ידוע הבבלי:**
**הרמב"ם** (שכירות ג, ד) פסק שלא כדבריו ושלעולם ביאת שני כלבים אינה אונס, אך כתב שאם באו יותר משנים הרי זה אונס.

---

[188] עיין לעיל בהערה 187.

[189] ועיין במאמרו של ד"ר משה רענן בקישור: https://daf-yomi.com/DYItemDetails.aspx?itemId=2320
שכתב: 'ייתכן לפרש שמשלחת זאבים היא עונה שבה זאבים מתלהקים בגלל מחסור במזון משום שללהקה יש סיכוי טוב יותר להתגבר על בעלי חיים גדול. בתקופה זו בגלל הרעב גם זאב אחד יכול לתקוף ללא חשש מהאדם. קיימות דוגמאות רבות לכך שבעלי חיים מתנהגים באופן נועז ותוקפני כאשר הם רעבים.
הסבר אפשרי נוסף: הזאבים מצפון לנו מתקבצים ללהקות גדולות משום שהם טורפים באזורים אלו בעלי פרסות-בר גדולים ואילו בארץ אין להם צורך בלהקות גדולות בגלל התמחות בטרף קטן יותר. כאשר מגיעה משלחת זאבים היא כפי הנראה של זאבי הצפון הגדולים בהרבה מזאבי הארץ ואז גם זאב אחד עלול להיות מסוכן'.

**לעומתו הטור פסק כידוע הבבלי** שאם באו מ2 רוחות אף 2 כלבים נחשבים כאונס.
**וביאר הב"י** שסבר הטור שידוע הבבלי אינו חולק על ת"ק, אך כתב הב"י שאינו מבין מי הכריח את הטור לפרש כן.
**להלכה סתם השו"ע כדברי הרמב"ם.**
לשון השו"ע:

**רועה שבאו זאבים וטרפו ממנו:אם היה זאב אחד, אינו אונס אפילו בשעת משלחת זאבים. ואם היו שני זאבים, הרי זה אונס.**
**שני כלבים: אינם אונס אפילו באו משתי רוחות. היו יותר על שנים, ה"ז אונס.**

## סעיף ה

### ניסה להציל מפני זאב אחד או 2 כלבים ולא הצליח

לשון השו"ע:

**יש מי שאומר דכל מה דאמרינן דלא הוי אונס דוקא בשלא השתדל להציל, אבל אם השתדל להציל ולא יוכל, אין לך אונס גדול מזה, ונשבע על זה, ונפטר.**
**מקור דין זה בטור בשם הרמ"ה.**
**וכתב הב"י** שאלו דברי טעם.

## סעיף ו

### ביאת ארי דוב נמר וברדלס לעניין אונס

לשון המשנה בב"מ צג:

הארי הדוב והנמר והברדלס והנחש - הרי אלו אונס.

אימתי?

בזמן שבאו מאליהן, אבל הוליכן למקום גדודי חיה ולסטים - אינו אונס.

לשון השו"ע:

**הארי והדוב והנמר והברדלס** (פי' רש"י פוטויי"ש בלע"ז ובערוך פי' מין בעל חי שבז' שנים הוא זכר ונקרא צבוע ואח"כ יתהפך לנקבה נקרא נפרזא ואז היא יותר רעה מקודם מבואר בפ"ק דב"ק דף ט"ז ע"א) **והנחש, הרי אלו אונסים בזמן שבאו מאליהם; אבל אם הוליכן למקום גדודי חיה ולסטים, אין אלו אונסים, וחייב לשלם:**

## סעיף ז

### שומר שמגלה את מקום הפקדון

לשון הגמרא בב"מ צג:-צד.

**אמר ליה אביי לרבא:** אשכחיה רועה, ואמר ליה: גנבא סריא, בדוכתא פלניא יתיבינן, כך וכך גברי איכא בהדן, כך וכך כלבי איכא בהדן, כך וכך זוקתא פסיקא לן, ואזל ושקל מיניה, מאי?

**אמר ליה:** הרי הוליכן למקום גדודי חיה ולסטים.

**רבא הכריע** שאם רועה מצא את הגנב ואמר לו "גנב מוסרח, אנחנו יושבים במקום פלוני ויש עימנו כך וכך אנשים, כך וכך כלבים וכך וכך קלעים," והלך הגנב ולקח משם חייב השומר, כדין המוליך למקום גדודי חיה וליסטים, **וכן פסק השו"ע.**
**וכתב הסמ"ע (ז) בשם המהרי"ק** (שורש קכה) שהחידוש הוא שאפילו כשהתכוון לטוב בכדי להבריחו יש לחייבו.
**הקצות (ב) דייק מדברי המהרי"ק** שכשהתכוון לטוב חייב רק כשהוא שומר שכר, ודייק כן מדברי הנמוק"י (ב"מ כד.) שחילק בין שומר שכר לשומר חינם במציאות שקיבל חפץ ומסרה לאמו ולא הודיעה לה שהוא בפקדון בטענה שסבר שתשמור יותר טוב, שדווקא כשהוא שומר חינם נפטר במקרה זה (עיין לעיל בסימן רצ סעיף כג) , **והסכים עמו הנתיבות (ז).**
**עוד דייק הקצות מדברי המהרי"ק** שאם לא ידוע שלולא דבריו לא היו גונבים אין לחייבו, וכתב שיש לומר שזה סותר לפסק הרמ"א בסעיף ג בשם הב"י שכשיש שריפה ולא ידוע אם החפץ נשרף או נגנב שחייב מכוח שאינו יכול להשבע, וכתב הקצות שיש לחלק והפנה לדבריו בסימן שמ ס"ק ד, עי"ש.
**הנתיבות השיג על הקצות וכתב** שגם אם אין הוכחה חייב, וכתב שדווקא במקרה של המהרי"ק הוא פטור משום ששם הגניבה הייתה באונס, והיה ספק אם פשע קודם, ולא חל עליו חיוב שבועה

משום שהשבועה שלא פשע קודם, אינה מעיקר חיוב שבועת השומרים אלא מכוח גלגול (לשיטתו בסימן רצד ס"ק ב) ובזה אין אומרים ש'מתוך שאינו יכול להשבע משלם'.

לשון השו"ע:

**רועה שמצא גנב והתחיל להתגרות בו ולהראותו שאינו חושש ממנו, ואמר ליה: הרי אנו במקום פלוני כך וכך רועים אנחנו כך וכך כלי מלחמה יש לנו, ובא אותו הלסטים ונצחו ולקח מהם, הרי הרועה חייב.**

## סעיף ח

### שומר שכר שיכל למנוע טרף ע"י קידום ברועים ובמקלות

**מבואר בגמרא** (ב"מ צג.- צג:) **שסבר רבה** ששומר שכר אינו חייב על החלקתה של בהמה לאגם, משום שהוא נהג כמנהג השומרים.

**אביי שאל את רבה** האם לפי זה יש לפטור גם את הישן מעט במקום שכך נהגו, או את ההולך לעיר בזמן שנהגו הרועים ללכת לעיר?

**והשיב לו רבה** שאכן אף במציאויות אלו יש לפטור את השומר.

**הגמרא מנסה להוכיח שלא כרבה מברייתא** שחייבה את הרועה אשר עזב את צאנו והלך לעיר ובאה חיה רעה וטרפה את הצאן במידה והיה בידו להציל, ורצתה הגמרא להוכיח שמדובר במציאות שעלה הרועה לעיר בזמן שנהגו לעלות לעיר, ואעפ"כ חייבתו הברייתא במידה ואם היה שם היה יכול להציל, , והוכחתה היא מכך שאם מדובר במציאות שעלה שלא בזמן שנהגו לעלות לעיר, היה לנו לחייבו אף אם לא היה יכול להציל גם במידה והיה שם, משום ש'תחלתו בפשיעה' בכך שעלה שלא כדין, ואף ש'סופו באונס' שגם אם היה שם, לא היה יכול להציל, מכול מקום הדין הוא שיש לחייב על 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס'.

**הגמרא דחתה הוכחה זו** וביארה שניתן לפרש שהברייתא עוסקת במקרה שעלה לעיר שלא בזמן שנהגו, ומכול מקום לא הייתה פשיעה בעלייתו לעיר משום ששמע את קול האריה וברח, ועל זה אמרה הברייתא שיש לאמוד אם היה יכול למנוע את ההיזק במידה והיה נשאר.

**ושואלת הגמרא** א"כ מה היה לשומר לעשות?

**ומסיקה הגמרא** שהיה לו לקדם את האריה ברועים ובמקלות.

**ומבואר בגמרא** שצריך גם להוציא כסף בעבור זה עד כדי דמיהן של הפקדון ואח"כ יגבה את הכסף חזרה מהמפקיד.

**הגמרא מבארת** ששוה לבעל הפקדון לשלם בכדי דמיהם, משום שישאר עם בהמות בכושר וכן לא יצטרך לטרוח לקנות חדשות (הסמ"ע (ח) כתב שמכול מקום אינו צריך לשלם לרועים בכדי דמיהם ובנוסף כשווי דמי הטרחה או כושר הבהמה, והוכיח כן מהסעיף הבא שם כתב הרמב"ם שלעולם אינו תובע יותר מדמי הבהמות, ומשמע שלא הוציא יותר מדמי הבהמה, עי"ש).

**הרמב"ם** (שכירות ג, ו) **פסק ע"פ דברי הגמרא** שאם לא קידם ברועים ובמקלות חייב אף במציאות שהיה צריך לשלם להם.

**אך הראב"ד השיג וכתב** שאין לחייבו את כל סכום הפקדון, שהרי גם אם היה מציל היה צריך בעל הפקדון להשיב לו את דמי הוצאותיו, אלא חייב לשלם רק את ההפרש בין ההוצאות לשווי הפקדון

**אף הרמב"ן** (ב"מ צג. ד"ה 'אי הכי') **כתב שנראה לו** שאין צורך לשלם את הדמים שהיה מקבל חזרה, והשאיר בצ"ע.

**הרמב"ן הוסיף** (בתוך הנראה לו) שבמידה והיה השומר צריך לשלם כשווי כל הבהמה ולא עשה כן מחויב לשלם את שומת כושרה של הבהמה, או את דמי טרחת קניית בהמה חדשה.

**המגיד משנה כתב** שנראה שאף הרמב"ם מודה לזה, ורק קיצר בדבריו משום שכבר הזכיר לעיל שצריך להחזיר המפקיד להחזיר לו את הוצאותיו.

**אך הנימוקי יוסף** (ב"מ נד.) כתב בפירוש שמפסיד כל שכרו, וכתב שכן דעת הרמב"ם.

**הטור פסק כראב"ד** שאינו משלם את כל הסכום והוסיף כדברי הרמב"ן שאם היה צריך להוציא את כל דמי הבהמה ולא עשה כן, מחוייב לשלם דמי טרחת בהמה חדשה

**הנתיבות (ח) תמה על דברי הטור** [א"א- והרמב"ן] במה שכתב שצריך לשלם דמי טרחת בהמה שהרי אפילו ליסטים מזוין וגזלן אינו חייב לשלם רק דמי שויו ולא יותר, והביא שהפרישה כתב בשם הראב"ד שאינו צריך לשלם (לשונו שם: 'בהשגות הראב"ד כמעט לא משמע כן').

**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם.**

### אם שומר חינם ששילם בעבור הצלת הפקדון, יכול לתבוע הוצאתיו מהמפקיד?

**הש"ך (ח) הביא את דברי תוס'** (ב"ק נח. ד"ה 'א"נ מבריח ארי') **רא"ש** (ב"ק ו, ו) **ומרדכי** (ב"ק נז) שלמרות ששומר חינם אינו מחויב להוציא הוצאות בעבור הצלת הפקדון, אם הוציא יכול לתבוע את דמי ההוצאה מבעל הבית, ומבואר בתוס' ובראי"ש שהוא הדין בסתם אדם שאינו שומר כלל.

לשון השו"ע:

**רועה שהיה לו להציל הטריפה או השבוייה ברועים אחרים ובמקלות, ולא קרא רועים אחרים ולא הביא מקלות להציל, הרי זה חייב.**
**אחד שומר חינם ואחד שומר שכר.**
**אלא ששומר חינם קורא רועים ומביא מקלות בחנם, ואם לא מצא, פטור.**
**אבל שומר שכר חייב לשכור הרועים והמקלות עד כדי דמי הבהמה, כדי להציל, וחוזר ולוקח שכרן מבעל הבית.**
**ואם לא עשה כן, והיה לו לשכור ולא שכר, הרי זה פושע, וחייב:**

## סעיף ט

### שומר שכר שטוען שהוציא כסף בעבור הצלת ממון חבירו

**בסעיף הקודם התבאר** ששומר שכר צריך לשלם לרועים ולמקלות בכדי להציל את הפקדון, וחוזר וגובה זאת מבעה"ב.
**וכתב הרמב"ם** (שכירות ג, ז) שאם טוען השומר שקידם ברועים ובמקלות, יכול להשבע ולטול שכר, **ונימק זאת הרמב"ם בכך** שבלאו הכי לעולם לא יוציא מהמפקיד יותר מדמי הפקדון, ויש לו מיגו שיכל לטעון שנטרפה הבהמה. ולכן ישבע בנקיטת חפץ כדין כל הנשבעים ונוטלים.
**המגיד משנה נימק את דין זה על פי דברי הר"ח** (כתובות עט:) שכל המוציא הוצאות נשבע כמה הוציא ונוטל.
**הנתיבות (ט) כתב** שיש צורך גם בטעם הרמב"ם שיש לו מגו וגם בטעם המ"מ שיכול להשבע כדין מוציא הוצאות, משום שהטעם של מוציא הוצאות אינו מועיל לבדו, שדין זה נאמר במציאות שידוע שהוציא ולא ידוע כמה, וכאן לא ידוע כלל שהוציא, והטעם של מגו אינו מועיל כשראו שהבהמה תחת ידו, ובזה שייך טעמו של המ"מ במידה וידוע שהוציא הוצאות ולא ידוע כמה, וגם כשנאמן רק מכוח מיגו הוא יכול ליטול רק כשווי של הבהמה בשעת תביעה.
**עוד כתב הנתיבות** שנראה שאין לו לשומר להשכיר רועים אלא על מנת שיצילו, שאם לא יצילו לא יחזיר להם בעה"ב וגם לא יהיה לו משכון.
לשון השו"ע:
**רועה שטען: הצלתי על ידי רועים בשכר, נשבע ונוטל מה שטען, שאינו יכול לטעון אלא עד כדי דמיהן. ויכול היה לומר: נטרפה וישבע בנקיטת חפץ.**

## סעיף י

### הנכנס לעיר כדרך השומרים ונטרפה הבהמה

**דין זה התבאר בהרחבה בסיכומינו לסימן רצא סעיף** יב, ונתמצת כאן, ונרחיב במה שהתחדש כאן.
**בגמ' בב"מ צג.-:** (שהובאה בסעיף ח) **מבואר** שנחלקו האמוראים אם מצופה משומר שכר לשמור מעבר לדרך השומרים:
**לדעת רבה** אין מצפים ממנו כן.
**ולדעת חסדא ורבה בר רב הונא** מצופה ממנו לשמור מעבר לדרך השומרים.
**להלכה הכריעו הפוסקים שלא כרבה** ושמצופה ממנו לשמור מעבר לדרך השומרים.
**הגמרא רצתה להוכיח כנגד רבה מברייתא** שחייבה את הרועה אשר עזב את צאנו והלך לעיר ובאה חיה רעה וטרפה את הצאן במידה והיה בידו להציל, ורצתה הגמרא להוכיח שמדובר במציאות שעלה הרועה לעיר בזמן שנהגו לעלות לעיר, ואעפ"כ חייבתו הברייתא במידה ואם היה שם היה יכול להציל, , והוכחתה היא מכך שאם מדובר במציאות שעלה שלא בזמן שנהגו לעלות לעיר, היה לנו לחייבו אף אם לא היה יכול להציל גם במידה והיה שם, משום ש'תחלתו בפשיעה' בכך שעלה שלא כדין, ואף ש'סופו באונס' שגם אם היה שם, לא היה יכול להציל, מכול מקום הדין הוא שיש לחייב על 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס'.
**ממהלך זה בגמרא ניתן להוציא לכאורה 2 חידושי דינם:**

א. יש לחייב שומר שפשע והלך לעיר אף באונס שגם אם היה לא יכל להציל.
ב. שבמידה ופשע רק בשמירתו כשומר שכר כגון שהלך בזמן שדרך השומרים ללכת, אין לחייבו במציאות שגם אם היה לא יכל להציל, וניתן לחייבו רק במידה שאם היה, היה יכל להציל (משום ששמירה שאינה כדרך השומרים אינב מוגדרת כפשיעה לעניין תחלתו בפשיעה וסופו באונס).

**התוספות** (ב"מ עח. ד"ה 'הוחמה בהר', (ב"מ צג: ד"ה 'אי הכי') ) **קיבלו את 2 הדינים האלו להלכה** וביארו שעל אף שנפסק להלכה שאין לחייב על תחלתו בפשיעה וסופו באונס כאשר האונס היה קורה גם ללא הפשיעה, מכול מקום יש לחייב כאן הואיל וניתן לתלות שהאונס קשור לפשיעה שיכל להלחם עם האריה, או שהאריה היה בורח, או שבאותו זמן היה לוקחם לסיבוב במקום אחר.

**אמנם הרי"ף והרמב"ם** (שכירות ג, ח) **סברו** שאין לקבל להלכה שיש לחייב על פשיעה שאינה קשורה לאונס.
[ולענין הדין השני יבואר בסעיפים הבאים שמפסקי הרי"ף והרמב"ם בענין עלתה לצוק, עולה שיש דין תחלתו בפשיעה וסופו באונס אף כשהפשיעה היא ששמר רק כדרך השומרים והנתיבות (כאן ס"ק יא) רצה לחלק שבזה כולם יודו היות והאונס קשור ממש לפשיעה ולא רק בכל מיני טצדקי ור' שלמה איגר סבר שגם בזה נחלקו הרי"ף והרמב"ם עם תוספות].
**השו"ע פסק כדעת הרמב"ם והרי"ף** שיש לחייב את ההולך לעיר רק במידה ואם היה נמצא היה יכול להציל.
**והרמ"א כתב שיש אומרים** שאם הלך לעיר שלא בזמן שדרך השומרים ללכת חייב בכל ענין וכדעת תוס' והראב"ד.
**הסמ"ע (יב) הביא את דברי תוספות שכתבו** שהסיבה שאין לחייב השומר שכר שעלה כדרך השמרים משום שאין זה נחשבת כתחלתו בפשיעה וסופו באונס, וכפי שהבאנו לעיל.

## נכנס לעיר כדרך השומרים ולא ידוע אם יכל להציל?

**הרמב"ם** (שכירות ג, ח) כתב שאם לא ידוע אם יכל השומר שכר להציל, חייב לשלם, **וכן פסק השו"ע.**
**הב"י ביאר** שהסיבה שאם לא ידוע- חייב, היא משום שההנחה הפשוטה היא שהוא יכל להציל, ועליו מוטלת חובת הראיה להוכיח שלא יכל.
**הסמ"ע (יא) והלבוש למדו מדברי הב"י** ששומר חינם יפטר במצב זה, משום שלא נדרש ממנו לשלם לאנשים שיצילו, וא"כ הסתברות גדולה שלא יכל להציל.
**הש"ך (י) חלק על הב"י וסבר** שהסיבה היא משום שהוא מחויב שבועה שלא פשע, והיות שאינו יכול להשבע על כך, הוא חייב לשלם, ועל כן אין חילוק בזה בין שומר חינם לשומר שכר.
**ועל טעמו של הב"י כתב:** 'היאך אנו יכולים לומר דמן הסתם היה יכול להציל וגם מי הגיד לו להרמב"ם'.
לשון השו"ע:

**רועה שהניח עדרו ובא לעיר, בין בשעה שדרך הרועים להכנס בין בעת שאין דרך הרועים להכנס, ובא זאב[190] וטרף, ארי ודרס, אין אומרים אילו היה שם היה מציל, אלא אומדין אותו אם יכול להציל על ידי רועים ומקלות, חייב; ואם לאו, פטור. ואם אין הדבר ידוע, חייב לשלם.**

הגה: ויש אומרים דאם נכנס בעת שאין דרך ליכנס חייב בכל ענין, דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס (טור והראב"ד). ועיין לעיל סימן רצ"א סעיף י"ב.

## סעיף יא

### בהמה שנפלה מגשר

**בסעיפים הקודמים התבאר** כי נחלקו האמוראים האם מצופה מהשומר שכר לשמור מעבר לדרך השומרים.
**ושנפסק להלכה** שמצופה ממנו לשמור מעבר לדרך השומרים כדעת רב חסדא רבה בר רב הונא.
**הגמרא בב"מ צג: מביאה סיפור** על כך שלאור זאת חייב רב פפא את הסבל שהעביר בהמות חבירו על גשר נהר ודחפה בהמה אחת את חברתה למים, משום שהיה מוטל עליו להעבירם אחת אחרי חברתה בכדי שלא תוכל האחת לדחוף את חברתה, על אף שדרך האנשים שלא לטרוח עד כדי כך בהעברת הבהמות, מכול מקום שומר שכר מחוייב בכך. **וכך פסק השו"ע.**
לשון השו"ע:

**רועה שומר שכר שהעביר הבהמה על הגשר, ודחפה אחת מהן לחבירתה ונפלה לשבולת נהר** (פירוש מקום שמים נגרים בכח), **הרי זה חייב, שהיה לו להעבירם אחת אחת, שאין השומר נוטל שכר אלא לשמור שמירה מעולה, והואיל ופשע בשמירתן בתחלה והעביר כאחד, אף על פי שנאנס בסוף בעת הנפילה, הרי הוא חייב.**

## סעיף יב

### פטור שור שכר כשמתה, ומה הדין כשסיגפה ומתה?

לשון המשנה בב"מ צג:

---

[190] הנודע ביהודה (אבן העזר סוף סימן ב) העיר שיש לגרוס זאבים שהרי זאב אחד אינו אונס כמבואר לעיל בסעיף ב, וכן הגרסא ברמב"ם.

מתה כדרכה - הרי זה אונס, סגפה ומתה - אינו אונס.
**התוספות** (ב"מ צג. ד"ה 'סיגפה') **הקשו** מה החידוש בכך שחייב כשסיגפה והרי זה אונס גמור.
**ותירצו תוספות** שהחידוש הוא שאפילו אם יש לתלות שמתה גם בגלל דבר אחר חייב, וזאת משום שלא היה לו לסגפה.
**הרא"ש** (ב"מ ז, טז) **כתב** שגם אם לא מתה מיד, אלא לאחר זמן, יש לתלות שתחלת קלקלולה היה מחמת שסיגפה.
**המגיד משנה** (שכירות ג, ט) **הרחיב את חידושו של הרא"ש** והביא שרבינו יונתו כתב שיש מי שכתב שאפילו מתה אחרי חודש או שנה חייב.
**הנתיבות (י) צמצם חידוש זה וכתב** שכל שידוע שהייתה בריאה באמצע, שוב אין לחייב, ומחיבים רק כשלא ניתן לדעת שהבריאה, ולמד כן מדין בעל שגירש בתנאי שימות מחולי זה, שכל שעמד על משענתו שעה אחת אינה מגורשת, ואין חוששים שמא מת אח"כ מחוליו הראשון.
הנתיבות העלה אפשרות שבמציאות שהחזיר למפקיד את הבהמה ומתה שיפטר והביא ראיה לזה מכך שאף אביי הסובר שאם פשע ומתה כדרכה חייב שיש לתלות שמתה מחמת הבל האגם, יודה שאם חזרה לבית המפקיד פטור ששוב אין לתלות כן, אך כתב שלפי פירושו של השטמ"ק (ב"ק לו: ד"ה 'וז"ל שיטה ) שכתב שזה גם במציאות שחזר לבית הנפקד, ונראה שכוונתו שזה רק במציאות שכבר כלתה הפשיעה וידוע שהבריאה.
**ולמסקנה הסיק** שכל שלא ידוע שהבריאה, אף אם החזירה למפקיד חייב, משום שדינו כ'איני יודע אם פרעתיך', שהחזרת בהמה חולה אינה בגדר החזרה, וכל שע"פ אומד בני אדם הבריאה, שוב אינו חייב.
לשון השו"ע:

**מתה כדרכה - הרי זה אונס, סגפה ומתה - אינו אונס:**

## סעיפים יג- טו

### מתי יש לחייב שומר על בהמה שנפלה מראש הר.

דין זה התבאר לעיל בסימן רצא סעיפים י- י ונתמצת כאן בקצרה:
**במשנה בב"מ** (צג:) **נאמר:**

עלתה לראשי צוקין ונפלה - הרי זה אונס.

העלה לראשי צוקין ונפלה ומתה - אינו אונס.

**הגמרא בבבא מציעא** (לו:) מקשה ממשנה זו על שיטת אביי שסובר שאך שכשפשע יש לחייב אף כשמתה כדרכה, ומשמע במשנה שרק כשמתה מחמת נפילה יש לחייבו, על אף שפשע בזה שהעלה אותה לשם.
**ותירצה הגמרא** שמדובר כשלא הייתה פשיעה בכך שהעלה אותה לראש ההר, משום שזהו מקום מרעה שמן וטוב (וביאר רש"י שדרכם של הרועים להעלות שם בהמה לרעות).
**הגמרא הקשתה** שלפי זה יוצא שהשומר כלל לא פשע, וא"כ לא מובן מדוע יש לחייבו במידה ונפלה הבהמה.
**ותירצה הגמרא** שעל השומר היה מוטל להחזיק בה שלא תיפול. (וביאר רש"י שכך דרך הרועים).
**הגמרא הוסיפה והקשתה** שלפי זה היה לנו לחייב אף בהמה שעלתה לבדה ונפלה, משום שהיה לו להחזיק בה שלא תיפול.
**ותירצה הגמרא** שמדובר במציאות שהבהמה עלתה למרות שניסה למנוע בעדה, וכן נפלה למרות שניסה למנוע בעדה.
**ונחלקו הראשונים** האם גם לדעת רבא יש לחייב כשעלתה הבהמה בעצמה, במציאות שהיה בידו למנוע בעדה:
לדעת הראב"ד (הובא בחידושי הרמב"ן ב"מ צג: וכן בראי"ש ב"מ ז, טז) תירוץ זה נצרך רק לאביי אך לדעת רבה, כל שעלתה מאליה לעולם פטור.
**אמנם הרי"ף** (ב"מ נד.) **והרמב"ם** (שכירות ג, ט) **פסקו** שכל הפטור כשעלתה מאליה הוא כשכפתה ועלתה כפתה וירדה.
**הרמב"ן** (ב"מ צג. ד"ה והא דתנן וכן הובא בראי"ש הנ"ל) **ביאר בשיטתם** שכל מה שמבואר בגמרא שתירוץ זה נצרך לדעת אביי, זה מפני שהגמרא שם עסקה בשיטת רבה שלא חילק בין שמירת שומר שכר לשמירת שומר חינם, אבל להלכה שומר חינם צריך לשמור מעבר לשמירה רגילה, ולכן מוטל עליו לתוקפה שלא תפול אף כשעלתה מאליה.
ויוצא לשיטתו שדברי הרי"ף והרמב"ם נאמרו רק לגבי שומר שכר.
**אמנם מדברי תוספות** (ב"מ לו: ד"ה 'אי הכי') **עולה** שהיה פשוט לגמרא שאף לשיטת רבא מדובר שפטור רק שכשלא היה בידו למנוע ממנה, והגמרא הקשתה רק לאביי הואל והוא זה שחידש שהיה לו להעלותה והיה בידו שלא תפול, ולכן היה נראה לגמ' שגם כשעלתה בעצמה היה בידו למנעה ואפ"כ פטרה המשנה עי"ש.

**ולשיטת תוספות יוצא** שאין חילוק בין שומר שכר לשומר חינם, ולעולם כל שהיה בידו למנעה שלא תפול חייב.
**השו"ע פסק בסימן שלנו** בדבר שומר שכר שיש לפטור כשעלתה מאליה הבהמה ומתה רק במידה ותקפה גם בעליה וגם ברגע הנפילה.
**אמנם בסימן רצא סעיף יא סתם** שכל שעלתה מאליה- פטור.
**ועולה שהכריע כרמב"ן** שיש חילוק בזה בין שומר שכר לשומר חינם.
לשון השו"ע:

**סעיף יג:**

**תקפתו ועלתה לראשי צוקין ותקפתו ונפלה, הרי זה אונס.**

**סעיף יד:**
**העלה לראשי הצוקין, או שעלתה מאיליה והוא יכול למונעה ולא מנעה, אף על פי שתקפתו ונפלה ומתה או נשברה, חייב, שכל שתחלתה בפשיעה וסופו באונס, חייב.**

**סעיף טו[191]:**
**העלה לראש ההר ומתה שם כדרכה, או שפשע בה ולא שמרה כראוי ויצאה לאגם ומתה שם כדרכה, פטור.**
**אבל אם נגנבה מהאגם ומתה בבית הגנב, חייב. (שומר שכר שכלה זמנו,** עיין לקמן סימן ד"יש וסימן שמ"ג).

[191] עיין לעיל סימן רצא סעיף י

# סימן שו
## **האומנים שומרי שכר, ואם קלקלו, וטבח שנבל** ובו ח סעיפים:
## סעיף א

### אומן כשומר שכר

לשון המשנה בב"מ פ:

כל האומנין שומרי שכר הן.

**מבואר במשנה** שאומן המקבל חפץ לעשות בו מלאכה, נחשב כשומר שכר על אותו החפץ.

### מדוע אומן נחשב כשומר שכר?

לשון הגמרא בב"מ פ:

לימא מתניתין דלא כרבי מאיר.

**דתניא:** שוכר כיצד משלם?

**רבי מאיר אומר:** כשומר חנם.

**רבי יהודה אומר:** כשומר שכר!

**אפילו תימא רבי מאיר**, בההיא הנאה דקא שביק כולי עלמא ואגיר ליה לדידיה - הוי עילויה שומר שכר.

**אי הכי**, שוכר נמי, בההיא הנאה דקא שביק כולי עלמא ומוגר ליה לדידיה - הוי עילויה שומר שכר!

**אלא**, אפילו תימא רבי מאיר: בההיא הנאה דקא יהיב ליה טפי פורתא - הוי עילויה שומר שכר.

**שוכר נמי**, מי לא עסקינן דקא משוי ליה טפי פורתא?

**אלא**, אפילו תימא רבי מאיר: בההיא הנאה דתפיש ליה אאגריה, דלא בעי למיעל ולמיפק אזוזי - הוי עליה שומר שכר.

**איבעית אימא כדמחליף רבה בר אבוה ותני:** שוכר כיצד משלם? רבי מאיר אומר כשומר שכר, רבי יהודה אומר כשומר חינם.

**הגמרא דנה** האם דין זה [שאומן נחשב כשומר שכר] יכול להיות נכון גם לדעת ר"מ שסובר שהשוכר חפץ נחשב כשומר חינם על החפץ (בניגוד לדעת ר' יהודה הסובר שהוא שומר חינם) ומציעה מספר אפשרויות לחילוק בין המקרים.

**דיון זה פותח לנו דלת להבנת הטעם מדוע אומן נחשב שומר שכר:**

**בתחילה העלתה הגמ' אפשרות** שזאת משום ההנאה שקיבל האומן בכך שבעל החפץ בחר דווקא בו, להיות האומן.

**אפשרות זו נדחיתה** משום שטעם זה שייך גם לגבי שוכר, שנהנה שהשכיר דווקא לו.

**הגמרא מעלה אפשרות נוספת** שזאת משום שנותן לו מעט מעבר למגיע לו, (ומבאר רש"י: שאי אפשר לצמצם שכר קבלנות לשכר דמי פעולה, שלא יטול יותר)

**אפשרות זו נדחית אף היא** משום שמסתבר שר"מ מחשיב שוכר כשומר חינם גם במידה ושכר את הבהמה בקצת הנחה, ולפי ביאור זה במקרה של הנחה אף שוכר צריך להחשב כשומר שכר.

**לבסוף מביאה הגמרא אפשרות** שהסיבה שיש להחשיב אומן כשומר שכר היא משום שהאומן אינו צריך לדרוש בכל רגע כסף בעבור מלאכתו, אלא הוא תפוס בתחילה בחפץ עצמו, ובעבור הנאה זו, נעשה שומר שכר.

**הגמרא מעלה אפשרות אחרת** והיא שאף לגבי שוכר סובר ר"מ שנחשב כשומר שכר, ור' יהודה הוא זה שסובר ששוכר נחשב כשומר חינם.

**למעשה אנו פוסקים** שדין שוכר כדין שומר שכר (כמבואר ברמב"ם שכירות א, ב ובשו"ע סימן שז סעיף א).

ונותר לנו לברר לאור זאת מהו הטעם שדין אומן כדין שומר שכר.

**ונראה שיש בזה ג' אפשרויות:**

א. ניתן לומר שלאור הכרעתנו שאף דינו של שוכר כשומר שכר, חזרנו לטעם הראשון שההנאה היא בכך שבחר באומן זה על פני האחרים וכן שבחר בשוכר זה על פני האחרים [אחת מהאפשרויות בסמ"ע (א), גליא מסכת]

ב. ניתן לומר שגם למסקנה הטעם הוא כאפשרות השלישית בגמ' שאומן נחשב כשומר שכר משום שהוא תפוס בשכרו מהרגע הראשון (מחנה אפרים בשם ראב"ן ושאלתות).

ג. ניתן לומר שלמסקנה אף אחת מהטעמים שנאמרו בגמ' אינן הסיבות המחייבת, משום שכל הטעמים הללו (כולל הראשונה) נאמרו בשביל לחלק בין שוכר לאומן, אך למעשה הטעם הוא, אותו טעם שגרם לגמרא לדמותם מלכתחילה.

**וכך נימקו תוספות** (ב"מ פ: ד"ה 'נימא') את הסיבה שהגמרא מלכתחילה סברה לדמות בינהם:

מדמי ליה אומן לשוכר דכי היכי דאומן הוי שומר שכר אף על פי שאינו נוטל שכר על השמירה אלא שכר טורחו ה"נ שוכר הוי כשומר שכר אף על פי שאינו נוטל שכר שמירה אלא כיון שנהנה ממנה בשכר שנותן.

**כלומר** הסיבה המחייבת הן באומן והן בשוכר היא ששניהם נהנים או מהחפץ או מהשכר על החפץ, ועל אף שנותנים תמורה בעבור זה (שוכר נותן שכר, ואומן מתקן את החפץ) יש להחשיב את הנאתם כשכר.

**כך גם נראה מלשון הטור שכתב**: 'וזהו שכרן שמשתכרין במה שנותנין להם לתקן וליטול שכר' (וכך נראה שנקט הש"ך בס"ק א וכפי שיבואר להלן, וכן העלה המחנה אפרים בתחילה כעיקר אלא שנדחק מחמת דברי ראשונים מסויימים וכפי שיבואר לקמן)

ד. (הרב ליכטנשטיין בשיעוריו מציע פירוש מחודש לגבי שוכר, והוא שהשוכר מתחייב ע"י קנית גוף החפץ, וכפי שלמד רבו הגרי"ד בהגדרת חיובו של השואל, אלא שהשוכר אינו חייב באונסין בעבור זה שהוא משלם כסף על השימוש.

הרב ליכטנשטיין למד כן מלשון רש"י (ב"מ פ: ד"ה 'ר' יהודה') 'הואיל ולהנאתו הוא אצלו, אף על פי שנותן שכר פעולתו - שומר שכר הוא, דאי לא יהיב שכר - הוי שואל וחייב באונסין, השתא דיהיב ליה אגרא - לא הוי שואל, והוי שומר שכר, וכן מכך שרש"י על התורה (שמות כב, ד ד"ה) למד את דין שוכר מפרשת שואל מהמילים 'אם שכיר הוא' - אם השור אינו שאול אלא שכור, עי"ש [וזאת בניגוד לרמב"ם (שכירות א, ג) שהבין שפסוק זה מדבר על פטור בעליו עמו בשואל במידה והבעלים שכורים לשואל]

אמנם הרב ליכטנשטיין עצמו מתקשה לפי פירוש זה, מהו הדימוי בין שוכר לשואל.

עוד הביא הרב ליכטנשטיין ביאור קצת שונה ע"פ דברי הראב"ד בשטמ"ק (ב"מ פ:)שביאר את הדימוי בין אומן לשוכר בזה הלשון: 'אומן כשוכר דמי שהוא עושה מלאכה בגוף החפץ כשוכר', וביאר הרב ליכטנשטיין שסיבת החיוב נובעת מרמת האמון הגבוהה שנותן המפקיד לשומר, עי"ש בדבריו.

להרחבה בסוגיא זו עיין במאמרו של הרב מיכאל אברהם 'ארבעה שומרים ודינהם שלושה'[192] ].

ישנם 3 נ"מ שהועלו בפוסקים בין הטעמים (נביאם כאן בקצרה להמחשה ונדון בהם בהרחבה בפיסקאות הבאות::

- **אומן שאינו קבלן אלא שכיר יום-** יתכן שלפי הטעם הראשון אין לחייבו משום שבשכיר יום אין הנאה גדולה בכך שהעדיף אותו, משום שיתכן שמחר יעדיף אחר (סמ"ע).
- **אומן העושה מלאכה בבית בעל הבית-** לפי הטעם השני שזאת משום שאומן נחשב כשומר שכר משום שהוא תפוס בשכרו, לכאורה במקרה זה אין לחייבו כשומר שכר, היות ובית בעל הבית הוא לא תפוס בחפץ (מחנה אפרים, אמנם לקמן נראה שיתכן שיש טעם לפוטרו אף לפי הטעמים האחרים בחיובו של אומן כשומר שכר).
- **אומן שקיבל שכרו קודם העבודה-** לפי הטעם הראשון והאחרון לכאורה יש לחייבו משום שעדיין העדיפו על גבי אחר, וגם מקבל שכר על אומנתו, אך לפי הטעם השני יש לפוטרו משום שאין לו הנאה בהחזקת החפץ, שהרי כבר קיבל שכרו ולא צריך לתפוס את החפץ בעבור שכרו (מחנה אפרים).

**כעת נתייחס לכל מקרה לגופו:**

## אומן שאינו קבלן אלא שכיר יום

**רש"י על המשנה בפירוש 'האומנים' כתב:** ' קבלנין המקבלין עליהן לעשות המלאכה בבתיהם'.

**הטור כתב באופן דומה:** 'כל האומנין שנותנין להן לתקן בקבלנות'.

**הסמ"ע (א) למד מלשון הטור** ששכירי יום אינם נחשבים כשומרי שכר.

**הסמ"ע נימק בתחילה שזאת משום** שלשכיר יום אין הנאה בכך שבחר דווקא בו, משום שיתכן שלמחר יחליפו באחר, בשונה מאומן שבחר בו לכל המלאכה (וזאת כהבנת הטעם הראשון בגמ' לסיבה שאומן נחשב כשומר שכר).

**הש"ך (א) השיג עליו וכתב** שלא מצא שום פוסק שיאמר כן, ולמסקנת הגמרא אין צורך בטעם זה שנעשה שומר שכר בעבור שבחר בו ולא באחר, וכתב הש"ך שהטור כתב לשון 'קבלנות' בשביל המשך דברי הטור ש'אומן קונה בשבח כלי'.

192 https://mikyab.net/%D7%9B%D7%AA%D7%91%D7%99%D7%9D/%D7%9E%D7%90%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9D/%D7%90%D7%A8%D7%91%D7%A2%D7%94-%D7%A9%D7%95%D7%9E%D7%A8%D7%99%D7%9F-%D7%95%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%99%D7%94%D7%9D-%D7%A9%D7%9C%D7%95%D7%A9%D7%94-%D7%A7%D7%A0%D7%99%D7%99%D7%A0%D7%99-%D7%94%D7%A9%D7%95/

**והביא הש"ך שאף הב"ח סבר** שדין שכיר יום כדין אומן (אלא שחלק עליו בענין הצורך שיהיה בביתו של האומן וכפי שיבואר לקמן).

## אומן העושה מלאכה בבית בעל הבית

**הבאנו לעיל שהסמ"ע (א) דייק מלשון הטור** ששכיר יום אינו נעשה כשומר שכר.
**ובטעמו השני כתב הסמ"ע** שזאת משום שלרוב, שכיר יום עושה את מלאכתו בבית בעל הבית, והשמירה אינה מוטלת עליו, וממילא הוא לא תפוס בשכרו.
**המחנה אפרים** (שומרים, מא) **השתמש אף הוא בטעם מעין זה והרחיב** שניתן לומר שהאומן מוכן לקבל שמירה בביתו הואיל ולהנאתו החפץ עומד בביתו בשביל שיעבוד בו, אבל כאשר החפץ עומד בבית בעל הבית, הוא אינו נמצא להנאתו ובזה לא קיבל עליו שמירה כלל ואפילו לא כשומר חינם, והביא שכן דעת הב"ח.
**עוד כתב המחנה אפרים שנראה מדעת הראב"ן והשאלתות** (פרשת ויצא) שהסיבה שאומן נחשב כשומר שכר הוא מהטעם השלישי המובא בגמרא שזאת משום שהוא תפוס בחפץ בעבור משכורתו, ולפי זה יוצא שיש טעם אחר לפטור כשהחפץ נמצא בבית בעל הבית, משום שהוא לא תפוס בחפץ (ולפי טעם זה יתכן שיתחייב כשומר חינם).
**הש"ך (א) השיג על הסמ"ע** אף בדין זה וכתב שאמנם תוספות (ב"מ פ: ד"ה 'דקא תפיס') העלו אפשרות זו שהסיבה שאומן נחשב כשומר שכר היא משום שהוא עושה מלאכה בביתו, אך כתבו זאת בכדי לבאר את החילוק בין אומן לשוכר, שלכאורה גם השוכר תפוס בחפץ בעבור שכרו, וביארו שהאומן נהנה בזה שתפוס בשכרו משום שרוב האומנים עושים בבית בעל הבית ואינם תפוסים בשכרם, אבל שוכר אין לו הנאה בזה, שרוב השכורים תפוסים במה ששכרו. וכתב הש"ך שלהלכה שאנו פוסקים שאין הבדל בין שוכר לאומן אין צורך לחילוק זה[193], וכתב הש"ך שאדרבה מתוס' משמע להדיא שאפילו בבית בעה"ב נחשב כשומר שכר מטעם שזהו שכרו שמשתכר במה שנותן לו מלאכה ליטול שכרו[194].
**הנתיבות (א) כתב שלכאורה יש להעיר על דברי הש"ך** כיצד נעשה האומן שומר בבית בעל הבית והרי נפסק להלכה בסימן רצא סעיף ה ע"פ שיטת הרמב"ם שבכדי להתחייב בחובות שמירה יש צורך במעשה קנין של משיכה וכדו', ואין זה מועיל בביתו של המפקיד.
**ותירץ הנתיבות** שלעניין שוכר די בהתחלת השימוש בין לעניין התחייבות ובין לענין שלא יכול לחזור בו וכפי שייסד הנתיבות בעניין שואל בסימן שמ ס"ק ח משום שהתחלת השימוש נחשבת כקבלת כסף, [וכנראה הניח שהוא הדין לעניין אומן, על אף שלא משתמש לצרכו, וצ"ע]

## אומן שקיבל שכרו קודם המלאכה

**המחנה אפרים** (שומרים, מא, הובא בפת"ש ס"ק א) **כתב** שמסברא היה נראה שלמסקנת הגמרא שאנו פוסקים ששוכר נחשב כשומר שכר, הטעם שאומן נחשב כשומר הוא שכר מכוח שנהנה במה ששכר ולא מפני שתפוס בשכרו, ולכן גם במידה והאומן קיבל את שכרו מראש הוא נחשב כשומר שכר.
**אך הביא המחנה אפרים שמהראב"ן** (ב"מ תחילת פרק ו, והובא במרדכי ב"מ שס) **עולה** שאם הקדים שכרו, הוא נחשב כשומר חינם בלבד, וכתב שכן עולה מהשאלתות (ויצא) שנימק את הסיבה שאומן נחשב כשומר שכר משום שהוא תפוס בשכרו.
**וביאר המחנה אפרים** שלשיטתם יש לומר ששוכר אכן נחשב כשומר שכר, אף ללא טעם זה משום שמשתמש בגוף הפרה ולהנאה היא אצלו, אלא שהגמרא אמרה בתחילה שפשוט שאם שוכר אינו נחשב כשומר שכר על אף טעם זה, כל שכן שאומן אינו נחשב, [א"א- ולכן ביארה הגמ' שיש טעם יחודי לאומן, והוא משום שהוא תפוס בשכרו, ואף להלכה נותר טעם זה.
**הקצות בס"ק ד הניח בפשטות** שאומן נחשב כשומר שכר אף במידה וכבר קיבל שכרו ונימק זאת משום שלהלכה איננו צריכים לטעם שיהיה תפוס בשכרו, וציין שכן עולה מדברי הש"ך בס"ק א שהבאנו לעיל.
**הפת"ש (א) הביא שהגליא מסכת** (סימן יג) **הניח בפשטות** שאומן מתחייב כשומר שכר אף כשכבר קיבל שכרו. ונימק זאת משום שהטעם העיקרי שהופכו לשומר שכר הוא הטעם הראשון המופיע בגמ' שהעדיף בו על פני אחר (ולא התייחס לדברי המחנה אפרים)
**עוד הביא הפת"ש שהבאר יצחק** (סימן ו) **כתב** אף הוא שיש לחייב גם כשכבר קיבל כסף, והשיג על מחנה אפרים וכתב שמוכח בגמ בב"מ נח. שגם שכבר קיבל כסף מתחייב כשומר שכר שכך מבואר

---

[193] אך לי נראה להעיר שעדיין ניתן להביא ראיה מתוס' זה שכל עוד הוא בבית בעל הבית לא נעשה שומר כלל, שאם לא נאמר כן ייצא שתוס' אמרו אוקימתא גדולה שמדובר באומן מיוחד שאינו עושה מלאכתו בבית בעל הבית, והתוס' עצמם כתוב שרוב אומנים אינם כן וזהו קשה, אלא אם כן נבאר שפשוט לתוס' שלא שייך להחיל כלל שמירה על אדם בחפץ חבירו בביתו של חבירו, ולכן אין זה אוקימתא לומר שמדובר באומן שעשה מלאכה בביתו שלו, ובזה מובן שזהו שכר גדול מה שאין ששוכר לעולם מחזיק בחפץ בבביתו שלו, עיין בזה ודוק

[194] ונראה שכוונתו לתוס' בד"ה 'נימא' שביארו מדוע מלכתחילה דימינו בין אומן לשוכר וזאת משום עצם השכר הוא ההנאה שקיבלו, והבין הש"ך שבזה אין לחלק בין אומן העושה בביתו לאומן העושה בבית בעל הבית, אך נראה לפי מה שכתבנו בהערה 193 שאין כלל ראיה מדבריהם משום שלדעתם כל שהוא בביתו אינו שומר כלל, עיין בזה ודוק.

לגבאי גבאי צדקה שכבר נטלו שכרן, ואף גבאי צדקה אינם מקבלים שכר בעבור השמירה אלא בעבור הטרחה ודומה דינן לאומנים, והאריך בזה עי"ש.
**ולמסקנה הסיק הבאר יצחק** שאם משך קודם קבלת השכר, דינו כשומר שכר, ואם משך לאחר קבלת השכר יש להסתפק בזה, עי"ש בדבריו.

## אומן שהחזיק בחפץ בשביל לעשות כלי הדומה לו

**הפת"ש (א) הביא שבספר חוט המשולש** (סוף ספר תשב"ץ טור שני סימן ל) פסק שיש לאומן דין שומר שכר גם על חפץ שהחזיק מהבעלים בכדי שיצור חפץ הדומה לו , משום שהשכר הוא גם בעבור כלי זה, ששלא כלי זה לא יכל האומן לעשות תפקידו ולקבל שכר.

## חובת שמירת האומן לאחר שסיים את עבודתו

לשון המשנה בב"מ פ:

כל האומנין שומרי שכר הן, וכולן שאמרו טול את שלך והבא מעות - שומר חנם

**מבואר במשנה** שאומן דינו כשומר שכר, כל עוד הוא עדיין עסוק במלאכתו, אך כאשר סיים מלאכתו ואמר לבעל הבית: 'טול את שלך והבא לי את מעותיי', כבר נפטר מחיובו כשומר שכר, ומחויב רק כשומר חינם.
**הגמרא מאריכה לדון**, מה הדין במקרה שהאומן סיים מלאכתו ואמר 'גמרתיו' ולא אמר במפורש לבעל הבית לקחת את החפץ ממנו וליטול שכר, ורצתה הגמרא לדייק בתחילה מלשון המשנה שרק במידה ואמר לו ליטול, נפטר מחיובי שומר שכר, אך כשאמר 'גמרתיו' לא נפטר.
**הגמ' הקשתה מכוח הבנה זו על דברי רפפס בר פפא** לעניין שואל, שאמר שאם סיים את זמן השאלת הבהמה ושילח את הבהמה ומתה, פטור על האונסים ולא חלים עליו חיובי שומר שכר.
**ותירצה הגמרא** שבאמת גם במידה ואמר 'גמרתיו' הוא נחשב כשומר חינם, והגמרא באה למעט מציאות שאמר: 'הבא מעות וטול את שלך' שבמקרה זה הוא עדיין נחשב כשומר שכר, וביאר רש"י שזאת משום שהוא גילה דעתו שתופס את המעות בעבור החוב, הגמרא ממשיכה לבאר שהסיבה שהמשנה נקטה דווקא כדוגמא את המקרה שאמר: 'טול את שלך והבא מעות', ולא את המקרה שאמר 'גמרתיו' [שגם ממנו יכלנו ללמוד ש'כל שכוק דאם אמר: 'הבא מעות וטול', הוא עדין שומר שכר] היא בכדי לחדש שאף במקרה זו הוא נחשב עדיין שומר (חינם) ולא נפטר מכל חיובי שומר (הגמרא מביאה וראיציות שונות של מהלך זה, אך המסקנה זהה).
**רש"י ביאר** שהחידוש הוא שלא נאמר שבאמירת 'טול את שלך' הוא התכוון לפטור את עצמו מכל חיובי שומר.
**ולמד הרמב"ן** (ב"מ מט: ד"ה 'ועוד מצאתי ראיה') מכך שאם יאמר במפורש שברצונו לפטור את עצמו מחיובי השמירה הרשות בידו, **והב"י כן בשם תלמידי הרשב"א.**
**השו"ע פסק את העולה מהגמרא** שאם אמר האומן: 'טול את שלך והבא מעות' או 'גמרתיו' נעשה שומר חינם, ואם אמר 'הבא מעות וטול את שלך', נשאר בחיוביו כשומר שכר.
**הרמ"א פסק כרמב"ן ותלמידי הרשב"א** שאם אמר במפורש שברצונו לפטור את עצמו מחיובי שמירה, הוא פטור לחלוטין.
**הש"ך (ב) הביא את דברי תוס' בב"מ מט.** (ד"ה 'כלי') שהקשו מהגמרא שם העוסקת באדם שקנה שומשומים ולבסוף התייקרו וחזרו בהם ואמר המוכר לקונה 'קח את מעותיך' ולא לקח ונאנס שנפטר משום שדינו כשומר חינם, והקשו תוס' במה זה שונה מהמקרה אצלנו שעדיין נחשב כשומר חינם.
**ותירצו תוס'** שבמקרה שלנו האומן היה בתחלה שומר שכר, ויש לפרש שבאמירתו בא רק לסלק עצמו מחובתו כשומר שכר ולא כשומר חינם.
**הש"ך כתב שתירוץ תוס' דחוק**, והחילוק האמיתי הוא שבמקרה שלנו בעה"ב עדיין חייב מעות לאומן, מה שאין כן במקרה שם שרק המוכר חייב להשיב מעות לקונה.
**הנתיבות (ב) ביאר בכוונת הש"ך** שבמקרה שלנו ניתן לפרש שכל כוונתו באמרו: 'טול חפתצך והבא מעות' היא, שאין בכוונתו לעכב את החפץ בעבור המעות, ולא הייתה באמירתו כוונה להסתלק מאחריות החפץ.

## האומר 'הבא מעות וטול', ואיני שומרו עוד

**הסמ"ע (ד) סייג את פסק הרמ"א וכתב** שאף אם יאמר: "הבא מעות וטול את שלך, ואיני שומרו עוד" אינו נפטר מן השמירה, משום שיש לפרש שכוונתו להפטר מן השמירה רק לאחר קבלת הכסף, וכתב שכן מוכח מדברי הנמוק"י (ב"מ נ. ד"ה 'טול את שלך').
**הנתיבות (ב) כתב שמדברי הנמוק"י לא ניתן להוכיח דבר**, וציין שבפרישה כתב ממש להיפך שאם אמר במפורש שאינו שומר, יש לפוטרו מהשמירה אף כשאמר: 'הבא מעות וטול'.
**מכול מקום הנתיבות עצמו סבר** שבמקרה זה הוא נחשב כשומר שכר ממש, משום שהוא מעכב את החפץ בעבור חובו' ולמד כן מהגמרא בב"ק לו: שם מבואר שאם תפס את השור בשביל גביית חובו נעשה כשומר שכר לעניין הזיקו.

לשון השו"ע:

**כל האומנים שומרי שכר הם. וכולם שאמרו: טול את שלך והבא מעות, או שאמר ליה האומן: גמרתיו, ולא לקחו הבעלים הכלי, הרי האומן שומר חנם.**
**אבל אם אמר האומן: הבא מעות וטול את שלך, עדיין הוא שומר שכר, כמו שהיה.**
(ואם אמר: טול את שלך ואיני שומרו עוד, פטור) (ב"י בשם תלמידי הרשב"א).

## סעיף ב

**אומן שקלקל ודין 'אומן קונה בשבח כלי'**

לשון המשנה בב"ק צח:

נתן לאומנין לתקן וקלקלו - חייבין לשלם;
נתן לחרש שידה תיבה ומגדל לתקן וקלקל - חייב לשלם.
והבנאי שקיבל עליו לסתור את הכותל, ושיבר את האבנים או שהזיקן - חייב לשלם, היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר - פטור, ואם מחמת המכה - חייב.

ובגמרא צח:-צט.

**אמר רב אסי:** לא שנו אלא שנתן לחרש שידה תיבה ומגדל לנעץ בהן מסמר, ונעץ בהן מסמר ושיברן.
אבל נתן לחרש עצים לעשות שידה תיבה ומגדל, ועשה מהן שידה תיבה ומגדל ושיברן – פטור.
מאי טעמא?
אומן קונה בשבח כלי.
**תנן:** נתן לאומנין וקלקלו - חייבין לשלם, מאי לאו דיהיב להו עצים!
**לא,** שידה תיבה ומגדל.
הא מדקתני סיפא שידה תיבה ומגדל, מכלל דרישא עצים!
**אמרי:** פרושי קא מפרש לה, כיצד נתן לאומנין לתקן וקלקלו חייבין לשלם? כגון שנתן לחרש שידה תיבה ומגדל.
**והכי נמי מסתברא** דכיצד קתני, דאי סלקא דעתך רישא עצים, השתא אשמעינן עצים - חייבין לשלם, ולא אמרינן אומן קונה בשבח כלים, שידה תיבה ומגדל מבעיא?
**אי משום הא לא איריא,** תנא סיפא לגלויי רישא שלא תאמר רישא שידה תיבה ומגדל, אבל עצים לא, תנא סיפא שידה תיבה ומגדל, מכלל דרישא עצים, ואפ"ה חייב לשלם.
**לימא מסייע ליה:** הנותן צמר לצבע והקדיחו יורה - נותן לו דמי צמרו.
דמי צמרו - אין, דמי צמרו ושבחו – לא.
לאו שהקדיחו לאחר נפילה דאיכא שבחא, ושמע מינה: אומן קונה בשבח כלי!
**אמר שמואל:** הכא במאי עסקינן - כגון שהקדיחו בשעת נפילה, דליכא שבחא.
אבל הקדיחו לאחר נפילה מאי? נותן לו דמי צמרו ושבחו.
**לימא, שמואל לית ליה דרב אסי!**
**אמר לך שמואל:** הכא במאי עסקינן - כגון דצמר וסמנין דבעל הבית, וצבע אגר ידיה הוא דשקיל.
**אי הכי,** נותן לו דמי צמרו וסמנין מיבעי ליה!
**אלא, שמואל דחויי קא מדחי ליה.**
**תא שמע:** הנותן טליתו לאומן, גמרו והודיעו - אפילו מכאן ועד עשרה ימים אינו עובר עליו משום לא תלין, נתנה לו בחצי היום - כיון ששקעה עליו החמה עובר עליו משום בל תלין.

**ואי ס"ד** אומן קונה בשבח כלי, אמאי עובר משום בל תלין?
**אמר רב מרי בריה דרב כהנא:** בגרדא דסרבלא, דליכא שבחא.
סוף סוף למאי יהבה נהליה? לרכוכי, כיון דרככיה היינו שבחא!
**לא צריכא,** דאגריה לביטשי, ביטשא ביטשא במעתא, דהיינו שכירות...
**לימא כתנאי:** עשה לי שירים, נזמין וטבעות ואקדש לך, כיון שעשאן - מקודשת, **דברי רבי מאיר.**
**וחכמים אומרים:** אינה מקודשת עד שיגיע ממון לידה.
מאי ממון? אילימא אותו ממון, מכלל דר"מ סבר אותו ממון לא, אלא במאי מקדשא? אלא פשיטא מאי ממון? ממון אחר, וסברוה, דכולי עלמא - ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, ודכולי עלמא - המקדש במלוה אינה מקודשת, מאי לאו באומן קונה בשבח כלי קמיפלגי, דר"מ סבר: אומן קונה בשבח כלי, ורבנן סברי: אין אומן קונה בשבח כלי!
לא, דכולי עלמא - אין אומן קונה בשבח כלי, אלא הכא בישנה לשכירות מתחילה ועד סוף קא מיפלגי, רבי מאיר סבר: אין לשכירות אלא לבסוף, ורבנן סברי: יש לשכירות מתחילה ועד סוף.
**ואי בעית אימא:** דכולי עלמא - ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, והכא במקדש במלוה קמיפלגי, דרבי מאיר סבר: המקדש במלוה - מקודשת, ורבנן סברי: המקדש במלוה - אינה מקודשת.
**רבא אמר:** דכ"ע - ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, ודכולי עלמא - המקדש במלוה אינה מקודשת, ודכולי עלמא - אין אומן קונה בשבח כלי, אלא הכא במאי עסקינן - כגון שהוסיף לה נופך משלו, רבי מאיר סבר: מלוה ופרוטה - דעתה אפרוטה, ורבנן סברי: מלוה ופרוטה - דעתה אמלוה.

**מבואר במשנה** שאומן שקלקל את החפץ שקיבל - מחוייב לשלם בעדו.
**ובגמרא חידש רב אסי** שאומן מחוייב לשלם על חפץ רק במידה ולא יצר בו שינוי ושבח, כגון נגר שתקע מסמר בשידה תיבה ומגדל שכבר קיימים, אבל במידה וקיבל עצים ועשה מהם שידה תיבה ומגדל ושיברן- פטור, משום שהאומן קנה את השבח של הכלי אותו יצר, ונמצא שהזיק את שלו.
**הגמרא האריכה בנסיון להוכיח כנגד שיטת רב אסי ובעד שיטתו, ודחתה את כל הראיות.**

**א. ראיה ראשונה כנגד רב אסי-** ממשנתנו משמע שחייבים על קלקול.
**דחיה-** מדובר כשהביא תיבה שידה ומגדל (הגמרא האריכה בלשון המשנה ואכמ"ל).

**ב. ראיה ראשונה לטובת רב אסי-** במשנה (ב"מ ק:) נאמר: 'הנותן צמר ליורה והקדיח צמרו משלם דמי צמרו', ומשמע דווקא דמי צמרו ולא את השבח, ויש להוכיח שזאת משום שהשבח שלו.
**דחיה-** מדובר כשהקדיחו בשעת הנפילה כשעוד לא היה שבח.

ג. **ראיה שניה כנגד רב אסי-** נאמר בברייתא שכאשר השיב האומן את החפץ ושקעה החמה עובר בעה"ב באיסור של 'בל תלין', ולשיטת רב אסי לא היה לו לעבור על 'בל תלין' שהרי התשלום אינו בעבור שכרו שהרי כבר קנה את השבח, והדמים הינם דמי מכר.
**דחיה** (סופית)**-** מדובר ששכרו לרכך את הבגד על ידי בעיטות ושילם לו בעבור כל בעיטה, ויוצא שהשכירות היא על הפעולה ולא קבלנות על התוצאה.

**לבסוף רצתה הגמרא להציע שדינו של רב אסי נתון במחלוקת תנאים** בדין אשה האומרת: 'עשה לי שירים, נזמין וטבעות ואקדש לך':
**לדעת ר"מ** מקודשת כיון שהאומן קנה את השירים בשבחן ולכן קדשה בשלו.
**ולדעת חכמים** אינה מקודשת משום שהאומן אינו קונה בשבח הכלי.
**הגמרא דוחה ביאור זה,** והביאה הגמ' ג' אפשרויות שונות במה נחלקו ר"מ וחכמים, כאשר בכולם טמונה ההנחה שהאומן אינו קונה בשבח הכלי, ולר"מ יש סיבות אחרות מדוע אותה אשה מתקדשת בשיראים אלו (או משום שהשכירות מגיעה רק לבסוף ובזה נחשב שלא מקדשה במלוה, או שניתן לקדש במלוה, או שמוסיף לה פרוטה נוספת ומתקדשת באותה הפרוטה) -
**נחלקו הראשונים כמי נפסק להלכה:**
**הרי"ף** (ב"ק לה:) למד מכך שהגמרא העמידה ג' אפשרויות במשנה שלא כרב אסי, שהלכה שלא כרב אסי, ואומן אינו קונה בשבח כלי, **וכן פסק הרמב"ם** (שכירות, ד).
**הרא"ש בב"מ** (ט, סוף סימן מג) **העתיק את דברי הרי"ף.**

**אך בקידושין** (ב, יא) **כתב הרא"ש שיש לדחות את ראית הרי"ף**, וניתן לומר שהסיבה שהגמרא הביאה אפשרויות שבכולם טמונה ההנחה שהאומן אינו קונה בשבח כלי, מפני שאלו היו ג' האפשרויות היחידות שיכולות להיות.
**והביא הרא"ש שרבינו תם פסק** שהלכה כרב אסי שאומן קונה בשבח כלי.
**ונחלקו האחרונים מהי דעת הרא"ש עצמה** (יש להעיר שתשובת הרא"ש [יב, ו] כתב במפורש שלהלכה אנו פוסקים שאין אומן קונה בשבח כלי וכדעת הרי"ף):
**הש"ך (ג) הביא שהשלטי גיבורים** (ב"מ לה. אות א) **והמהרש"ל** (ים של שלמה ט, כא) **הבינו** שלהלכה מודה הרא"ש לרי"ף שאומן אינו קונה בשבח כלי.
**אך הש"ך עצמו כתב** שנראה לו שהרא"ש הסתפק בדין זה ולא הכריע.
**הטור פסק בסימן שלנו בפירוש** שאומן אינו קונה בשבח כלי.
**ובסימן שלט סתם הטור** שאם נתן טליתו לאומן לתקנה בקבלנות ונתנו לו אפילו בחצי היום כיון ששקעה עליו החמה עובר משום 'בל תלין', ואף מהלכה זו משמע שסבר שאומן אינו קונה בשבח כלי וכפי שביארה הגמ' שאם הוא קונה בשבח הכלי, המעות אינם בעבור העבודה אלא מעות מכר ולא שייך בהם איסור 'בל תלין'.
**אמנם באבן העזר בסימן כח כתב הטור** שדעת הרמ"ה והרי"ף שאומן אינו קונה בשבח כלי, אך דעת הרא"ש ור"י שאומן קונה בשבח כלי (ולכן מתקדשת אשה כשאומרת: 'עשה לי שירים, נזמין וטבעות ואקדש לך' ועשה כן)
**השו"ע סתם כאן** שאומן אינו קונה בשבח כלי וכדעת הרי"ף ו'סייעתיה' וכן עולה בפשטות מפסקיו בסימן שלט סעיף ו ובאבן העזר סימן כח סעיף טו, (אמנם באבן העזר הביא בלשון יש אומרים שהאשה מתקדשת כשאומר 'עשה לי שירים וכו' וכדיעה שאומן קונה בשבח כלי').
**הש"ך (ג) כתב** שנראה להלכה לפסוק שזהו 'ספיקא דדינא' משום שהבה"ג (סימן מג- הלכות ב"ק עמ' תסג- מכון ירושלים) פסק אף הוא כרב אסי שאומן קונה בשבח כלי, וכן נראה שהסמ"ג פוסק כרב אסי, ואף מדיון הפוסקים המובא בב"י ביו"ד סימן קכא בעניין הטבלת כלי שניתן לגוי לתקן, משמע שהניחו שאומן קונה בשבח כלי, ובתרומת הדשן (סימן שט) משמע שדין זה נותר כמחלוקת הפוסקים ללא הכרע , וגם אין ראיה מפסק השו"ע והטור בסימן שלט (סעיף ו) ששם רק פסקו שכאשר השיב האומן את החפץ ושקעה החמה עובר בעה"ב בבל תלין, ואמנם משמע בגמרא שלדעת רב אסי אינו עובר משום שאין זה שכרו אלא כאילו דמי מכר שהרי אומן קונה בשבח כלי, מכול מקום הגמרא מעמידה דין זה גם לשיטתו במקרה ששכרו לבעט ושילם בעבור כל בעיטה כמבואר לעיל ויתכן שפסקו דווקא במקרה זה.
**עוד כתב הש"ך** שמפשטות הסוגיא נראה שהלכה כרב אסי.
השיטה הסוברת כי 'אומן קונה בשבח כלי' מעולה שאלות בירור רבות:

א. מה בדיוק קונה האומן- את השבח או את הכלי עצמו?
ב. כיצד קונה האומן את הדבר שהוא קונה?
ג. האם הוא בעלים גמור במה שקנה או שקנה קנייו חלקי בלבד לענין דברים מסויימים?

ננסה להשיב על כל אחד מהשאלות הנ"ל דרך דברי הראשונים והאחרונים בסוגיא זו:

## מה בדיוק קונה האומן– את השבח או את הכלי עצמו?

**הקצות (ד) מביא שנחלקו מוהר"ש הלוי ובעל ה'תרומת הדשן'** האם האומן קונה רק את השבח של הכלי או גם את הכלי עצמו:
**תרומת הדשן** (תרומת הדשן סימן שט) **טוען** כי האומן קונה רק את השבח של הכלי ולא את הכלי עצמו.
**התרומת הדשן מביא שכן כתב המפורש המרדכי בשם רבינו שמחה** (התשובה במלואה מופיעה במהר"ח אור זרוע סימן נו ובמרדכי לא מצאתי את במפורש ועיין ע"ז סימן תתנט) שהאומן קונה כפי השבח ולא בגוף הכלי.
**עוד דייק כן תרומת הדשן מלשון רש"י** (ב"ק צט. ד"ה 'ישנה לשכירות') שביאר בדברי הגמרא שהציעה שלדעת ר"מ האשה מקודשת כשאמרה: 'עשה לה שיראים ונזמים ואקדש אני לך' שמתקדשת 'בשבח דאית ליה לאומן בגווייהו', משמע שיש לו קנין דווקא בשבח ולא בכלי.
**וכן דייק תרומת הדשן מלשון הרא"ש** (ב"ק ט, יד) **שכתב**: 'מאי טעמא? אומן קונה בשבח כלי וכל השבח שלו עד שיתן לו שכרו..'
**אמנם המוהר"ש הלוי** (חו"מ- סימן ד) **הסיק** שהאומן קונה את גוף הכלי, [לכיוון זה ניתן לצרף לכאורה גם את הרמב"ם שכתב (שכירות י, ד): 'אם אמר האומן הא לך דמי צמרך או דמי עצך ולך, אין שומעין לו שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה', ומשמע מלשונו שלדיעה ש'אומן קונה בשבח כלי' רשאי האומן לשלם לבעלים את דמי החומרים ולהחזיק במה שיצר היות והיא שלו].
**מוהר"ש הלוי הביא ראיה לדבריו** מדיון הראשונים (שהוזכר לעיל) בעניין טבילת כלי הניתן לאומן גוי.
**עוד דייק המוהר"ש הלוי כן מדברי רש"י** (קידושין מח: ד"ה 'והכא באומן') שכתב בזה הלשון: 'דכל מה שמשביח אינו מלוה על הבעלים אלא בכלי הוא זוכה וכשמחזירו לו בשכר הקצוב ההיא שעתא הרי הוא כמוכרו לו'.

**עוד כתב מוהר"ש הלוי** שעצם המונח- 'אומן קונה בשבח כלי'- מעיד על כך שע"י השבח קנה את הכלי, שאם הכוונה שקונה רק את השבח, היה לגמרא לומר: 'קונה שבח הכלי'.
**נראה שהקצות צידד בדברי התרומת הדשן** (ובלשונו: 'איברא דנעלם ממנו דברי תרומת הדשן, ובהמשך: 'דהא לפי מ"ש קנין שקונה אומן בשבח כלי אינו אלא בשבחו ולא בגוף הכלי וכמ"ש בשם תרומת הדשן).
**יש לציין שמדברי הרשב"א** (ב"ק צח: ד"ה 'מאי טעמא') **עולה התייחסות מפורשת לשאלה זו,** ומדבריו עולה שפשוט שהאומן אינו קונה בגוף הכלי עצמו, וגם לעניין השבח יצר הרשב"א חלוקה, וביאר שהדבר תלוי בדעתו של האומן:
**וכתב הרשב"א** שדעתו של האומן לקנות בכל שבח הכלי לעניין תשלומי נזקו, כלומר שלא יתחייב על השבח במידה ויזיק אותו. אך כל זה דווקא לעניין תשלומי נזקו, אבל לעניין שאר דברים דעתו להשביח לעצמו ולקנות בו כנגד השכר המגיע לו בלבד, ואת השאר הוא מקנה לבעה"ב שעל דעת כן הוא משביח את הכלי.

## כיצד קונה האומן את הדבר שהוא קונה?

**מדברי מהר"ש הלוי שהובאו לעיל עולה** שסבר שהאומן קונה את גוף הכלי ע"י ש'נתהפך חומר הכלי אל הצורה אשר נתן', כלומר נראה שהאומן קנה אותו ע"י שיצרו והפכו לדבר האחר.
**ניתן לקשר זאת ללשון רבינו יהונתן המובא בשטמ"ק** (שטמ"ק ב"ק צח:) **שכתב** כי האומן קונה את השבח ע"י 'שינוי מעשה' כשם שגזלן קונה את החפץ ע"י 'שינוי מעשה' (אך אין הכרח לקשר בין הדברים בפרט שמלשון רבינו יהונתן נראה שקונה רק את השבח ולא את גוף הכלי ושלא כמהר"ש הלוי)
**אמנם בעין יצחק** (אבן העזר-סימן עו ענף ד) **כתב** שהסיבה שהאומן קונה בשבח היא משום 'אומדנא דדעת הבעה"ב הוא דרוצה שיזכה האומן בשבחו ואין שייך בזה לומר אין אדם מקנה דשלב"ל משום דאומדנא זו אמדו חז"ל דלעולם דעת הבעה"ב הוא שיהי' קנוי השבח להאומן וגם בעת שמשביח האומן להכלי דנולד אז השבח דאמידנא אז דעת הבעה"ב דרוצה שיקנה אז האומן להשבח, 'כדי שלא יתחייב לשלם אם הזיקו', ומדבריו עולה שבעיקרון השבח שייך לבעלים, אלא שהוא מקנה לאומן בשעה שמשביח.
**ומלשון הרשב"א שהובא לעיל** נראה שקרובה דעתו יותר למהר"ש הלוי ורבינו יהונתן שהשבח עקרונית שייך לאומן, אלא שהוא מקנה אותו לבעה"ב ולא כדברי העין יצחק שכתב להיפך.

## האם האומן בעלים גמור על מה שקנה?

**הקצות (ד) כתב** שלא ניתן לומר שהאומן קונה ממש בשבח הכלי, שא"כ במידה והיה השבח שווה יותר מעבודת האומן, יכל האומן להשאיר את השבח אצלו, ואין לומר שהסיבה שמחוייב להשיב לבעל הבית היא משום שבשעה שפסק בעל הבית סכום לאומן קנה את השבח, שהרי זה דבר שעוד לא בא לעולם[195], אלא מוכרחים לומר שאין הכוונה לקנין גמור, אלא יש לו בו קצת קנין כקנין המלווה במשכון שיכול לקדש בו אשה, ואעפ"כ יכול הלווה לחייבו להחזיר לו את המשכון ולפדותו במעות[196].
**והוסיף הקצות** שקניין בשבח עדיף מקנין במשכון בכך שהקנין במשכון הוא רק כשווי של החוב, ואילו האומן קנה בכל השבח 'קצת קנין'.
**וכתב הקצות** שישנה עוד עדיפות של קנין אומן בשבח מקניין משכון, והוא שגם גוי אומן קונה בשבח, אע"פ שגוי אינו קונה משכון.
**אף הנתיבות (ג-ד) כתב** שהאומן קונה בשבח קנין שעבוד כמו משכון שלא בשעת הלוואתו [יש להעיר שגם מדברי התוספות רי"ד עולה שלא מדובר כאן בקניין רגיל, אלא בקנין בעל אופי מיוחד שיש לפרשו רק ביחס לאחריות על הנזק וכך לשונו:
...אומן קונה בשבח כלי פי' לא נאמר דבר זה אלא לענין זה בלבד שאם נשבר בידו אינו משלם לו דמי עצים אבל אם הוא בעין אינו יכול לומר לו הא לך דמי עציך והכלי יהא שלי.
שלא נאמר דין זה אלא גבי גזלן דקני להו בשינוי אבל האומן לא קנאו אלא בע"כ נותן לו שכרו ולוקח כליו כאשר הוא מושבח']
**הקצות הביא ראיה מהר"ן בשבועות** ( ר"ן על הרי"ף שבועות כז.) לכך שהקנין בשבח אינו קנין גמור, **שם השיג הר"ן על הרמב"ן במלחמות** (שבועות כז.) שביאר מדוע אומן המחזיק בטלית נאמן לומר כמה בעה"ב חייב לו ואינו צריך להשבע על כך בניגוד לשיטת הגאונים שאמרו שכל הבא ליטול צריך להשבע על אף שהוא תפוס במשכון, וביאר הרמב"ן ששונה משכון של אומן משאר המשכונות, וזאת פשוט לפי השיטה הסוברת שאומן קונה בשבח כלי משום שהחפץ קנוי לו, אלא אפילו לשיטה החולקת וסוברת שלא קנה יש לומר שזה משכון שונה משום שוודאי מגיע לו שכר, והוא תופס בשכרו ובעל הבית האמינו על כך ע"ש.

---

[195] ובאוצר עיונים (מתיבתא) על 'אומן קונה בשבח כלי' העירו (בהערה י) שלדעת הרשב"א שהובאה לעיל אין כלל קושיא הואיל והאומן קונה בשבח רק כנגד שכרו, וממילא אין לו תועלת בכך שיעכב את השבח אצלו.
[196] לכאורה יש קושי גדול לומר שהקנין בשבח הינו חלקי, שהרי הגמרא הניחה בפשטות שלשיטה זו, בעה"ב אינו עובר בבל תלין כאשר עיכב את התשלום לאומן משום שאין זה תשלום על העבודה אלא קניית השבח, ולפי הנחת הקצות שהאומן אינו קנה בשבח קניין גמור אלא קנין מעט לדינים מסויימים, מדוע הגמרא הניחה שדין זה נכון גם למשכון, ועיין בסימן עב ס"ק כג שאכן למד הקצות מגמרא זו ששכירות שיש עליה משכון אין בה איסור של 'בל תלין'.

**והר"ן השיג עליו** שאף למ"ד שאומן קונה בשבח כלי, אין זה עדיף מקנין משכון וקנין משכון עדיף מקנין אומן בשבח שהרי האומן נחשב כשומר שכר, ואילו המחזיק במשכון נחשב כקונה גמור ומחוייב באונסים (לדעת רש"י, והרמב"ן חולק וכפי שיבואר לקמן).

**עוד הביא הקצות ראיה לדבריו מהריטב"א** (ב"מ פא: ד"ה 'מתני') שביאר שמלווה המחזיק במשכון נחשב כשומר שכר ואינו מתחייב באונסים (ושלא כדעת רש"י שהביא ר"ן לעיל) וכך כתב: 'ומצינו שהאומן קונה בשבח כלי ואפ"ה אינו אלא שומר שכר שאין קניינו עושה אותו לוקח כלל', ומשמע שהאומן אינו קונה את החפץ בקנין גמור, וכן נימק הרמב"ן עצמו (מלחמות כה.)[197]

**על כן סיכם הקצות** שההשלכה של קניין אומן בשבח, היא רק לעניין ג' דברים:

א. לקידושי אשה.

ב. לבל תלין

ג. ולהזיקו אפילו שבחו עולה יותר מדמי שכירותו- אינו חייב לשלם

**הש"ך בסימן עב** (ס"ק ט) **כתב במפורש שלא כדעת הקצות**, וכתב שלשיטה ש'אומן קונה בשבח כלי' פשוט שקנה לחלוטין. הש"ך דחה את ראיותיהם של הרמב"ן והריטב"א מכך שהמשנה נקטה שדין האומנים כשומרי שכר ומשמע שאינם בעלים גמורים, וכתב הש"ך ששיטה זו תבאר שהמשנה דיברה במציאות שהאומן לא יצר שבח, כגון שנשכר לבעוט בבגדים על מנת לרככם כמבואר לעיל [לכאורה יש להוכיח שהש"ך גם סובר שזכה בכל הכלי וכדעת מהר"ש הלוי, שאם היה סובר שקנה רק בשבח, הוא יכל לבאר שהמשנה קבעה שהאומנים שומרי שכר ביחס לגוף הכלי, ועיין הערה 197.
כמו כן יש להעיר שגם מדברי הרמב"ם בהלכות שכירות (י, ד) משמע שלשיטה הסוברת שאומן קונה בשבח הכלי, האומן קונה קנין גמור בכלי ולכן יכול לומר לבעל הבית 'הא לך דמי צמרך או דמי עציך ולך'.]

## האם האומן נחשב בעלים על השבח לאחר שכבר קיבל כסף על אומנתו, ומה הדין כשהזיק או כשנגנב או נאבד ממנו במקרה זה?

**הקצות (ד) כתב לאור שיטתו** [שהאומן אינו קונה לחלוטין בשבח אלא קונה מקצת קנין כדין משכון] שבמידה וכבר קיבל האומן שכר בעבור אמונתו, שוב אין לו שום שייכות בשבח, כדין מלוה המחזיק במשכון ופרע לו הלווה את החוב, שאפילו כשפרעו בעל כרחו, כבר איבד את קניינו במשכון.

**עוד כתב הקצות** שהוא הדין לאומן שהתנדב ועבד בחינם, שאין לו קניין בשבח.

**וסיים**: 'וכל זה ברור'.

[הקצות תירץ ע"פ יסוד זה את קושיית הפנ"י (גיטין כ. ד"ה 'א"ל רבא') כיצד קטן כשר לכתוב גט, והרי הוא קונה באומנתו את הגט ואינו יכול להקנותו חזרה, ותירץ הקצות שכאשר ישלם הבעל לקטן את דמי עבודתו הוא יסתלק מהקנין בגט
הנתיבות (ג) דחה את קושיית הפנ"י מטעם אחר והוא שבמקרה שהסממנים שייכים לבע"ב, אין האומן קונה בשבח הכלי ונתייחס לעניין זה לקמן בעמוד 232 תחת הכותרת 'האם אומן קונה בשבח כאשר כל חומרי הגלם שייכים לבעל הבית?' ושם נביא שיש חולקים על דברי הנתיבות בזה.
עוד כתב הנתיבות שבמקרה שהסמנים שייכים לקטן, לכאורה היה צריך להקשות כן אף למ"ד שאומן אינו קונה בשבח כלי, שמכול מקום יש להקשות כיצד הקנה את הדיו, ובזה תירץ הנתיבות שמשהגיע לעונת הפעוטות הוא יכול להקנות מדרבנן ו'הפקר בי"ד הפקר' וכשלא הגיע לעונת הפעוטות באמת אסור לקנות ממנו שום דבר לצורך הגט לא נייר ולא דיו למעט הכתיבה שבזה אינו קונה בשבח לכ"ע כמבואר לעיל]

**הקצות הביא את דברי הש"ך (ג) שהביא את דברי השלטי גיבורים** (ב"ק לה.) **שכתב** שבין לסוברים ש'אומן קונה בשבח כלי' ובין לאלו שסוברים שאינו קונה, פשוט שאם האומן כבר קיבל כספו והחפץ נגנב או אבד שהוא פטור [א"א- משום שאינו נחשב בזה לשומר שכר] **והסכים עמו הש"ך.**

**וכתב הקצות** שפשוט שהשלטי גיבורים והש"ך מודים אף הם שאם הזיק חייב לשלם, משום שכבר איבד את קניינו בשבח, אלא שפטרוהו במקרה של גניבה ואבידה כדין שומר חינם.

**אמנם הקצות עצמו סבר** שיש לחייבו גם במקרה של גניבה ואבידה משום שעדין יש להחשיבו כשומר שכר, שהרי למסקנה הסיבה שאומן נחשב כשומר שכר אינה מפני שהוא תפוס בשכרו, אלא משום שנהנה וקיבל כסף בעבור אומנתו וכפי שהסיק הש"ך בס"ק א (עיין לעיל בסעיף א שנחלקו הראשונים והאחרונים בזה, אך הפשוט כדברי הש"ך והקצות) וא"כ אף לאחר שקיבל שכר יש להחשיבו כשומר שכר עד שיאמר לו: 'טול את שלך' כמבואר לעיל בסעיף א, ולשיטה הסוברת ש'אומן קונה בשבח כלי', יש לחייבו רק על גוף החפץ ולא על השבח, ונטה הקצות לומר שלשיטה זו- במקרה

---

[197] הקצות התקשה בהוכחת הריטב"א והרמב"ן שהמחזיק במשכון אינו חייב באונסין, מכך שאומן אע"פ שקונה בשבח הכלי אינו חייב באונסים וחיובו הוא רק כשומר שכר כמבואר במשנה, שהרי המשנה עסקה בחיוב על גוף הכלי, ולא בחיוב על השבח, שהרי על השבח אינו חייב כלל לשיטה ש'אומן קונה בשבח כלי', וכתב שצריך לומר שהם הבינו שהמשנה דיברה גם לגבי גוף המשכון וגם לגבי השבח, ועל אף שאינו מחוייב כלל בהיזק לגבי השבח, מכול מקום מפסיד שכרו שכנגד השבח, משום שנעשה כאילו פירש שאם יגנב או יאבד יפסיד שכרו, אך אינו צריך לשלם את דמי השבח היתרים על דמי שכירותו.
אמנם הבית אפרים (אבן העזר סימן קיז) כתב שמקושית הקצות הנ"ל יש להוכיח שלדעת הריטב"א והרמב"ן האומן קונה את כל הכלי ע"י השבח, וכתב שלא ניתן לקבל את תירוץ הקצות שהמשנה דיברה על עיכוב השכר כנגד השבח שהרי המשנה ממשיכה ואומרת שאם אמר טול את החפץ ותביא את המעות, הוא נעשה כשומר חינם, ולפי ביאורו של הקצות גם כשהוא שומר חינם אין סיבה שהבעלים ישלם לו שכר כשהחפץ נגנב או נאבד שהרי החפץ הוא כנגד שכרו, ע"י"ש.

שאמר: 'טול והבא מעות', אין לחייבו על השבח כשומר שכר שהרי על זה לא קיבל שמירה כשומר שכר מעולם, אך מכול מקום על השבח שכנגד יש להחשיבו כשומר שכר כדין מחזיק במשכון כמבואר לעיל, וסיים: 'ועדיין צ"ע'.
**כפי שהבאנו בפיסקא הקודמת הנתיבות הסכים לדברי הקצות** במה שכתב שהקנין של אומן בשבח אינו קניין גמור אלא דומה לקניה במשכון.
**ומכול מקום ביאר הנתיבות (ד) באופן אחר את דברי הש"ך והשלטי גיבורים** מדוע כאשר קיבל מעות כבר אינו שייך בשבח, וביאר שזאת משום שהקנה את השבח לבעלים בקנין מעות, ובזה לא שייכת גזירת חז"ל שמעות אינם קונות מהחשש שהמוכר לא ידאג למכר במידה של שריפה ויאמר 'נשרפו חטיך בעליה' משום שמכול מקום הבע"ב היה חייב לשלם לו את שכירותו, ולענין גניבה ואבידה בלאו הכי מתחייב מדין שומר שכר.
**עוד חלק הנתיבות על הקצות** במה שכתב שאם עבד בהתנדבות אין לו שייכות בשבח, וכתב שודאי יש לו שייכות בשבח לעניין שיפטר במידה ויווצר היזק, וזאת ע"פ סברת הרשב"א שאין ברצונו של האומן להקנות את השבח לבעה"ב ובכך להתחייב בהיזק, וכל שכן במצב שהוא עובד בהתנדבות בלבד (ונראה שהקצות סבר שעקרונית השבח שייך לבעה"ב אלא זכה בו האומן במקצת קנין לעניין משכון וכדו' רק כאשר חייבים לו כסף, ולא כתפיסת הרשב"א והנתיבות שעקרונית השבח שייך לאומן, אלא שמקנהו לבעל הבית.

## האם אומן קונה בשבח כאשר כל חומרי הגלם שייכים לבעל הבית?

**הבאנו לעיל שהגמרא רצתה להוכיח** ש'אומן קונה בשבח כלי' מדברי המשנה בדף ק: שם סבר ר"מ שאם נתן אדם צמר לצבע והקדיחו צריך לשלם האומן לבעה"ב דמי צמרו, ולא נאמר שצריך לשלם גם דמי שבחו, ומכאן מוכח שהאומן זכה בשבח ואינו צריך לשלם עבורו.
**הגמרא הביאה ששמואל ביאר** שהמשנה עוסקת במציאות שהקדיח אחר נפילה ולא היה שבח.
**הגמרא רצתה להסיק מכאן שדעת שמואל שלא כרב אסי** ושלדעתו 'אומן אינו קונה בשבח כלי', ולכן אם היה שבח הוא היה צריך לשלם גם עליו.
**הגמרא דחתה זאת** וביארה שאף לפי הסברת שמואל במשנה ניתן לומר ש'אומן קונה בשבח כלי', והמשנה עוסקת במציאות שגם הצמר וגם הסממנים שייכים לבעל הבית, ובזה הצבע נוטל שכר עבודה בלבד.
**הרשב"א** (ב"ק צט. ד"ה 'צבע אגר') **התקשה בדברי הגמרא**, שלכאורה עולה מן הגמרא שכל שהחומרים שייכים לבעל הבית, אין האומן קונה בשבח, וא"כ גם במידה וקיבל נגר עץ ועשה ממנו שידה וכדו' לא היה לו לזכות בשבח.
**ותירץ הרשב"א בשם הראב"ד**: 'דלגבי צמר סממנין הוא דעבדי לשבחא ואומן לא קנה בהו ולא מידי, אבל עצים כיון דלא צריכי לסממנין אלא לאומנותו של אומן אומנותו זה הוא סמניו'.
**מדברי ה'נתיבות' בספרו בית יעקב** (אבן העזר קכ, ו) **עולה** שהבין שכל שהדיו יוצר את השבח, אין האומן קונה, וזאת על אף שיש צורך במעשה אומן בכדי לעשות זאת ולכן סבר שגם במקרה שכתב הסופר גט, הוא לא קנה בשבח את הגט, **וכן כתב הנתיבות כאן בס"ק ג** ביחס לקטן שכתב גט שאינו קונה ע"י הכתיבה כאשר הסמנים של הבעל [עיין לעיל בעמוד 231 תחת הכותרת 'האם האומן נחשב בעלים על השבח לאחר שכבר קיבל כסף על אומנתו, ומה הדין כשהזיק או כשנגנב או נאבד ממנו במקרה זה?']
**אמנם מדברי הגט פשוט** (סימן קכ) עולה שרק במידה והמעשה שעשה הינו מעשה חשוב קנה האומן בשבח הכלי, כגון שעשה שידה תיבה ומגדל, אבל צביעה דומה לנעיצת מסמר בשידה שאינה מעשה חשוב ואינה קונה, ולכן בכתיבת גט זכה האומן הואיל ויש במעשהו מעשה אומנות.
**הבית אפרים** (אבן העזר, קיז) **הסכים עם דברי הגט פשוט** אך ניסח זאת בצורה קצת שונה וכתב שכל שפעולת האומן ניכרת קנה, ואילו בצבע אין פעולת האומן נכרת אלא הצבע הוא שיצר את השינוי (ויתכן שהתכוונו לדבר אחד).

## האם אומן קונה בשבח של צביעה?

**כפי שהבאנו לעיל עולה מפשטות הגמרא בב"ק צט**. כי אומן קונה בשבח של צביעה, אך זאת במידה והצבעים שלו, ולא של בעל הבית.
**אמנם מדברי הרא"ש בתשובה** (כלל יב סימן ו) **נראה שפסק כנגד מסקנה זו:**
**הרא"ש כתב** שאומן שצבע טבלא של בעל הבית, אינו רשאי לאוסרה על בעל הבית ובתחילה נימק זאת הרא"ש שזאת משום שלהלכה נפסק שאין האומן קונה בשבח הכלי.
**אך הוסיף הרא"ש וכתב** שאף לשיטה ש'אומן קונה בשבח כלי', אין האומן יכול לאסור את הטבלא משום שאין ממשות בצביעה ואין זה דומה לנגר שיצר שידה וכיוצא בזה.
**הרא"ש למד כן מדברי הגמרא בב"ק בדף קא.** שהעלתה ספק אם יש שבח סימנין על גבי צמר או לא, כגון אם צבע קוף צמרו של ראובן בסימנין של שמעון אם חייב ראובן לשלם השבח שהשביח הצמר או שאינו צריך, ונותרה הגמ' בספק, ומספק אין לחייבו.
**הקצות (ב) והמהר"ש הלוי** (חו"מ –סימן ד) **תמהו על דברי הרא"ש** שדבריו סותרים את העולה מהגמ' בב"ק צט. שכאשר הסמנים שלו, אומן קונה בשבח הכלי.

**הקצות כתב לתרץ** שאכן מודה הרא"ש שלשיטה ש'אומן קונה בשבח כלי' הוא הדין שקונה את השבח של הצביעה, אך מכול מקום הוכיח הקצות שאין לצבע בפני עצמו ממשות, ולכן לא ניתן לאסרו.
**הנתיבות (ג) השיג על דברי הקצות** וכתב שכשם שיכול האומן לקנות את השבח ע"י דבר שאין בו ממש לשיטה ש'אומן קונה בשבח כלי', כגון שריכך את הטלית וע"י זה שבחה שקנה בערך הטלית שהושבח, הוא הדין שהיה לנו לומר שיכול לאסור את החלק שזכה בו, היות והוא שותף בטלית ויכול לאסור את חלקו.
**עוד הקשה הנתיבות** שלשיטת הקצות היה לו לומר שאף אם הזיק שבח שאין בו ממש אין לו להתחייב, הואיל ויכול לומר שהזיק 'חזותא בעלמא'.
**על כן כתב הנתיבות לתרץ את דברי הרא"ש באופן אחר:**
**הנתיבות ביאר** שהרא"ש סבר כדעת הרשב"א שהובא לעיל שביאר שהאומן קונה את כל השבח רק כנגד חיובי היזקו, [אך הנתיבות השמיט את חלקו השני של הרשב"א שקונה לעולם את השבח שכנגד משכורתו]
**וביאר הנתיבות** שהכוונה שקונה קנין שעבוד כמו משכון שלא בשעת ההלוואה (וכפי שהבאנו לעיל בשם הקצות והנתיבות) ולפי זה ברור שכל שלא קלקל אין לו שום קנין בשבח ולכן אינו יכול לאסרו.
וביאר הנתיבות שדבר זה היה פשוט לרא"ש, אלא שהרא"ש רצה להתמודד עם השאלה: מדוע שלא יוכל לאסור את הצבעים עצמם ששייכים לו, ובמה יצאו לרשות בעל הבית, והרי האומן אינו יכול לזכות לבעל הבית מכוח עצמו ויכול לזכות רק ע"י אחר? ולשם כך נצרך הרא"ש לומר שלצבע אין ממש ולכן יצא מרשותו של האומן וממילא אין הנדר חל עליו (כפי שציינו הנתיבות השמיט את מה שכתב הרשב"א שמכול מקום קנה האומן קנין גמור בשבח שכנגד משכורתו ולכאורה לפי זה עדיין יהיה לו יכולת לאסור חלק זה, ויתכן שסבר שהרא"ש יחלוק על הרשב"א בעניין זה, וצ"ע).

## האם אומן יכול לאסור את את שבח הכלי?

**הבאנו לעיל שמתשובת הרא"ש עולה** כי לשיטה הסוברת שאומן קונה בשבח כלי היה מקום לומר שיכול האומן לאסור את השבח אלא שאין זה מועיל במידה והשבח נעשה בצביעה.
**לדעת הקצות** זאת משום שאינו ממשי ממש בשביל להיאסר.
**ולדעת הנתיבות** לעולם לא ניתן לאסור את ההשבחה משום שזהו שעבוד בלבד, אלא שבמציאות שהאומן הוסיף חומרים יכול האומן לאסור את החומרים שלו שעוד לא הוקנו לבעל הבית.
**מכול מקום עולה כדבר פשוט** שלשיטה ש'אומן אינו קונה בשבח כלי' לא יכול האומן לאסור את השבח, וכל שכן שלא יכול לאסור את הכלי.
**לאור זאת, הקשה הקצות (ב) מהמשנה בנדרים** (פה.) שם מופיעה מחלוקת תנאים בדבר אשה שנודרת שאינה עושה דבר לבעלה:
**לדעת ת"ק** אין צורך להפר שהרי היא משועבדת לבעלה אף במה שמעדיפה וממילא נדרה לא חל,
**לדעת ר"ע** יש להפר היות ואינה משועבדת בהעדפה ועל זה חל הנדר.
**לדעת ר' יוחנן** יש להפר על אף שהאשה משועבדת גם על ההעדפה והנדר לא חל, משום שאם יגרשה יחול הנדר שכבר אינה משועבדת לו, וממילא ייאסר עליו כל מלאכתה וביאר רש"י בכתובות (נט. ד"ה 'ותהא אסורה') שצריכה לטחון ולבשל ולאפות.
**והקשה הקצות** מדוע יש צורך לדעת ר' יוחנן בן נורי להפר נדריה, והרי היא טוחנת בקמח של הבעל, וממילא יוצא שכאשר הדבר השביח אין זה שלה, ואינה יכולה לאסור זאת לבעלה, וגם אינה יכולה לאסור את עצם העשייה משום שזהו דבר שאין בו ממש כמבואר בתוס' קידושין (סג. ד"ה 'ה"ג קונם')
**וציין הקצות שבאבני מילואים** (סימן פא ס"ק ד) **כתב** שגמרא זו מתיישבת טוב לפי ר"ת הסובר שלהלכה 'אומן קונה בשבח כלי', ומשנה זו הינה 'אליבא דהלכתא'..
**הנתיבות (ג) כתב שקושיית הקצות אינה קשה כלל,** משום שמבואר ברשב"א שכל הסיבה שאומן אינו קונה בשבח הכלי, הוא משום שהאומן משביח על דעת לתנו לבעל הבית ומקנה לו, ולכן כאשר האשה הדירה את בעלה מהנאה היא אינה יכול להקנות לו את השבח.

## האם גם בקרקע נאמר שאומן קונה בשבח הקרקע?

**הנתיבות (ד) כתב** שכשם ש'אומן קונה בשבח כלי' כך פועל שהשביח קרקע קונה בשבח ולא מתחייב אם שוב הזיק אותו, ולמד כן מדברי הסמ"ע בסימן שעה ס"ק י"ד שכתב שהסיבה שהפועל אינו יכול לקחת את בניינו הוא משום שעל דעת כן בנה, ולפי זה שייכת סברת הרשב"א שלא הקנה לבעה"ב על דעת להתחייב בנזקיו.
**אמנם כתב הנתיבות שיש להקשות על דין זה מהגמרא בב"ק כ:** שם נאמר שהבונה ביתו של חברו ודר שם עד שיתן לו יציאותיו, צריך לשלם דמי שכירות, ומבארת הגמרא שזאת משום שהוא חיסר את בעה"ב בהשחרת הכתלים ,ומדוע שלא נאמר שהפועל הזיק את שלו.
**ותירץ הנתיבות** שבאמת אינו חייב מדין מזיק, אלא מדין נהנה, והגמרא ביארה שחיסר בהשחרת הכתלים בשביל שיחשב כ'זה נהנה וזה חסר'.
**וכתב הנתיבות** שתירוץ זה מוכרח אף לשיטה הסוברת ש'אומן קונה בשבח כלי' משום שבמקרה זה אין לחייבו מדין מזיק משום שבעה"ב לא היה חפץ מלכתחילה בבניה זו.

לשון השו"ע:

**נתן לאומנים לתקן, וקלקלו: חייבים לשלם.**

**כיצד?**

**נתן לחרש שידה, תיבה ומגדל, לקבוע בהם מסמר, ושברו, או נתן לו עצים לעשות מהם שידה, תיבה ומגדל, ונשברו אחר שנעשו, משלם לו דמי שידה, תיבה ומגדל, שאין האומן קונה בשבח כלי ע' בא"ע סי' כ"ח סט"ו.**

הגה: הבנאי שקבל עליו לסתור הכותל ושבר האבנים או הזיק, חייב לשלם. היה סותר מצד זה ונפל מצד אחר, פטור; ואם מחמת המכה, חייב[198] (טור).

## סעיף ג

### אומן ששינה

**בסעיף הקודם דנו** בדינו של אומן שקלקל את החפץ שניתן לו.

**בסעיף זה נדון במציאות קצת אחרת**: מציאות בה האומן לא קלקל לחלוטין את החפץ, אלא ביצע את מלאכתו שלא באופן המבוקש, (כמובן שיש קשר הדוק בין 2 הסוגיות הללו וחלקו כבר התבאר בסעיף הקודם).

**המשנה בב"ק בדף ק:** מחלקת בין 3 סוגים שונים של מקרים בהם האומן שינה מהמבוקש ממנו, כאשר בשניים מהמקרים הדין מוסכם, ואילו מקרה אחד נתון במחלוקת תנאים, וזה לשון המשנה:

1. **הנותן צמר לצבע והקדיחו יורה**: נותן לו דמי צמרו.
2. **צבעו כאור**: אם השבח יתר על היציאה - נותן לו את היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח - נותן לו את השבח.
3. **לצבוע לו אדום וצבעו שחור, שחור וצבעו אדום:**

   **רבי מאיר אומר**: נותן לו דמי צמרו.

   **ר' יהודה אומר**: אם השבח יתר על היציאה - נותן לו את היציאה, ואם היציאה יתירה על השבח - נותן לו את השבח.

כעת נבאר כל מקרה לגופו:

### הנותן צמר לצבע והקדיחו יורה

**במקרה הראשון במשנה מבואר** כי במידה והאומן קיבל צמר לצבעו ושרפו, כלומר הזיקו לחלוטין, הוא מחוייב לשלם את דמי צמרו.

**מקרה זה תואם לדיון של הסעיף הקודם** בו האומן הזיק את החפץ שניתן לו.

**כפי שבואר כבר בסעיף הקודם מפשטות לשון המשנה במקרה זה עולה** כי האומן מחוייב לשלם רק את דמי הצמר ולא את דמי השבח של הצמר, עמדה התואמת לשיטה שה'אומן קונה בשבח הכלי' ולכן אינו מחוייב לשלם בעבור השבח אף שהזיקו.

**וכבר ביארנו בסעיף הקודם** שהגמרא אמרה שלשיטה הסוברת שהאומן אינו קונה בשבח הכלי, יש לבאר שהמשנה מדברת במציאות שעוד לא נוצר שבח כגון שהקדיחתו יורה קודם שקיבל צבע, ולכן כל ההיזק הוא של הצמר.

**הרמב"ם** (שכירות י, ד) **הטור והשו"ע** סתמו כלשון המשנה שאם הקדיח, הוא נותן דמי צמרו בלבד.

**הלחם משנה והתוספות יום טוב** (ב"ק ט, ד) **תמהו על לשון הרמב"ם** (ושאר הפוסקים) שהרי הרמב"ם הכריע שאומן אינו קונה בשבח כלי, וא"כ הוא היה צריך לכתוב שרק במידה ואין שבח, הוא נותן דמי צמר בלבד (נכונה תמיהה זו גם על השו"ע, ומקצתה גם על הטור שבסעיף הקודם סתם אף הוא שאין אומן קונה בשבח כלי).

**הש"ך (ד) כתב** שאין קושיא בלשון הרמב"ם ושאר הפוסקים, משום שהם נקטו כלשון המשנה.

**רע"א ציין לדברי המחנה אפרים** (מכירה סימן ו) **מהם עולה תירוץ אחר ללשון הרמב"ם** והוא, שכל מה שנצרכה הגמרא לומר שמדובר כשאין שבח וכשהקדיחתו יורה, זה דווקא לפי אחת ההבנות בגמרא בב"ק קא. שאין שבח סימנים בצמר וכל היכולת לפוטרו מדמי הצבע הוא משום שקנה את השבח, אך לפי ההבנה השניה בגמרא שם שיש שבח סימנים בצמר, אין לחייבו על הצבע על אף שאין האומן קונה בשבח הכלי, משום שאף שהשבח אינו שייך לאומן-הצבע עצמו שייך לו (וכפי שהבאנו בסעיף הקודם בשם הנתיבות בביאור תשובת הרא"ש) ולכן למסקנה גם לשיטה הסוברת שהאומן אינו קונה בשבח כלי, יש לחייבו על דמי הצמר בלבד.

---

[198] דין זה של הרמ"א מבואר במשנה בב"ק צח: שהובאה בתחילת הסעיף.

**סימן שו-** האומנים שומרי שכר, ואם קלקלו, וטבח שנבל

## צבעו כעור

**במקרה השני מבואר במשנה** כי במידה והאומן לא הזיק לחלוטין את הצמר, אלא שצבע בצורה שאינה יפה (׳צבעו כאור׳) הדין מתחלק: במידה והשבח יתר על היציאה, בעה״ב נותן לפועל דמי יציאה בלבד, ובמידה והיציאה יתירה על השבח, בעה״ב משלם לפועל את דמי השבח בלבד.
**רש״י ביאר** (ד״ה ׳צבעו כאור׳) שמדובר במציאות שצבע בשיירי צבע ויש להחשיבו כמזיק בכוונה ולכן ידו על התחתונה.
**בברייתא בב״ק קא.** מבואר שדין זה נכון גם במציאות שנתן לו עצים לעשות כיסא נאה ועשאו כעור.
**הראשונים נחלקו בהבנת המושגים ׳שבח ויציאה׳**, ויש בזה דיעות שונות, ונבארם ביתר אריכות לקמן וכאן נתמצת:
**ההבנה הפשוטה במשנה וכפי שפירשו הרמב״ם ורש״י היא** שבמידה והצמר השביח יותר מהוצאות הפועל, יש לשלם לפועל רק את דמי הוצאתו ובמידה ודמי הוצאתו עולים על השבח, יש לשלם לו רק את השבח.
**אמנם הר״י והרא״ש פירשו בעקבות הירושלמי** שגם השבח שהיה אמור האומן להשביח מתחילה נחשב כקרן (בקיזוז השכר שהיה נותן לאומן), ורק השבח היתר על מה שהיה אמור להשביח בתחילה (בקיזוז השכר שהיה משלם לאומן), נחשב כ׳שבח׳, וה׳ההוצאה׳ הוא השכר שהיה האומן צריך לקבל, ועל זה אומרת המשנה שאם השבח העודף על מה שציפה בעה״ב לקבל פחות מסכום השכר של האומן, יקבל האומן את השבח בלבד, ואם השבח העודף גדול משכר האומן, יקבל האומן שכרו בלבד (ולקמן הדבר יתבאר יותר)
**תוספות** (ב״ק ק: ד״ה ׳אם השבח) **כתבו** שפירוש זה אינו יכול להתבאר גם על המקרה שהאומן צבעו כעור, שהרי במציאות זו פשוט שהשבח נמוך מהשבח המקורי.
**הדרישה (יא) הבין** שבאמירה זו תוספות באו לדחות את פירושו של ר״י.
**אמנם בשיטה המקובצת הביא את דברי רבינו יהונתן** (ב״ק ק: ד״ה ׳אם השבח׳) **שכתב** שפירוש זה יכול להתקיים גם במקרה שצבעו כעור, משום שלעיתים הצבע מתייקר מאוד, ולכן השבח היה הרבה מהשבח המצופה בתחילה.
**אך רבינו יהונתן דחה בעצמו פירוש זה** משום שלא מסתבר שבמקרה זה יש ללכת אחר השבח שציפה בעה״ב בתחילה אלא כפי ששוה היום, וא״כ עדיין במידה והאומן היה צובע בצורה שאינה כעורה השבח היה יותר.
**הדרישה תירץ אף הוא כדברי רבינו יהונתן** (מבלי להזכירו) אלא בניגוד להסתייגות רבינו יהונתן כתב הדרישה שאכן סברו ר״י והרא״ש שגם במידה וכעת השבח היה יתר גם בצבע היפה, אין ללכת אלא אחר השבח שציפה בעה״ב לקבל בתחילה, **הסמ״ע (ט) רמז בקצרה לדבריו בדרישה**.
**בהג״ה על הש״ך (ה) דחה את פירושו של הסמ״ע** כפי שדחה רבינו יהונתן את פירושו שלו (מבלי להזכירו).
**הנתיבות (ו) כתב ליישב את קושיית תוספות באופן אחר**, וביאר שאכן ניתן לומר שפירוש הירושלמי נכון גם למקרה שצבעו עכור, ואכן יתכן שהשבח בצביעת עכור הינה גבוהה מהשבח מצביעה שאינה עכורה, וכפי שפירש רש״י (ב״ק ק: ד״ה צבעו כאור׳) שצביעה כעורה נעשית משיירי הצבע ומשתמשים בצבע מועט ואילו בצביעה שאינה עכורה משתמשים בהמון צבע, ולעיתים ניתן להרוויח מסחורה זולה שאין בה הרבה הוצאות יותר מסחורה יקרה שדורשת יותר הוצאות.
[ועיין בפני משה שכתב שפשוט שכל דברי הירושלמי לא נאמרו אלא ביחס למקרה האחרון במשנה ששינה מצביעת אדום לשחור והאריך להוכיח זאת, ולכאורה לפי פירושו ניתן לומר שאף לזה התכוונו תוספות ולא היה בכוונתם לדחות את פירוש ר״י באמירה שפירוש זה נכון רק לסיפא וכן נראה פשטות לשונם עיין בזה ודוק, אמנם בהמשך דחו תוספות את פירוש ר״י מטעם אחר וכפי שיבואר להלן].

## אומן ששינה וצבע בצבע אחר מבקשת בעל הבית

**במקרה השלישי נחלקו התנאים** במציאות שהאומן שינה וצבע בצבע אחר מבקשת בעל הבית:
**ר׳ מאיר סבר** שבמקרה זה צריך האומן לשלם את דמי הצמר.
**ר׳ יהודה סבר** שדין זה דומה לדין הקודם שצבעו עכור, ובמידה והשבח יתר על היציאה, משלם לו בעה״ב דמי היציאה, וכשהיציאה יתירה על השבח משלם לו בעל הבית את דמי השבח.
**הגמרא בב״מ עח.-: מביאה את דברי ר׳ יוחנן שאומר** שר״מ סובר ש׳כל המעביר על דעת בעה״ב נקרא גזלן׳, ורצתה הגמרא לומר שמקורו ממשנתינו בה מבואר שר״מ סובר שאומן ששינה משלם דמי צמר, ומכאן רואים שסבר ר״מ שהאומן קנה את הצמר בשינוי גזילה.
**הגמרא דחתה זאת ואמרה** שיתכן שבמקרה שלנו ר״מ סובר שקנה מפני שעשה שינוי מעשה.
**גם בגמ׳ בב״ק קא: משמע** שנחלקו ר״מ ור׳ יהודה אם ניתן לקנות בשינוי מעשה (ועיין בראשונים המובאים בשטמ״ק בב״מ עח: שנתקשו מדוע הסברא שכל המשנה נקרא גזלן אינה שווה ממש לסברא של קנין בשינוי מעשה שהרי אף הוא לכאורה סוג של קניין גזילה וראה מה שביארו בזה)
**הגמרא בב״ק בדף קב. מביאה את הכרעתו של רב הונא שהלכה כר׳ יהודה**, ואם שינה משלם בעה״ב את הפחות מבין השבח והיציאה.

**בברייתא בב"ק קא**. שמחלוקת זו של ר"מ ור' יהודה שייכת גם במציאות של אומן שקיבל עץ לעשות ממנו כיסא ועשה ספסל או להיפך, שלדעת ר"מ משלם דמי עצים ולדעת ר' יהודה משלם את הפחות מבין השבח או היציאה.
**וכן נפסק בשו"ע** שבמידה ושינה, משלם בעה"ב את הפחות מבין השבח והיציאה.

## מהו שבח ומהו היציאה?

**התבאר לעיל שנפסק להלכה** שבמידה ושינה האומן וצבע בצבע אחר, מקבל האומן את הסכום הנמוך שבין השבח ליציאה.
**וכבר הזכרנו לעיל שנחלקו הראשונים** בהבנת המושגים 'שבח' ו'יציאה'.
**המחלוקת נוגעת ל2 שאלות הלכתיות:**

- ❑ האם האומן יכול לגבות דמי הוצאתו קודם שבעה"ב קיבל את כל השווי של השבח שהיה אמור לקבל במידה והאומן היה עושה את עבודתו נאמנה.
- ❑ האם במקרה זה ששינה האומן מאומנתו מגיע לו לקבל שכר על עבודתו, או רק החזרים בעבור ההוצאות שהוציא, ובמידה ומגיע לו שכר על עבודתו, האם הוא יקבל את השכר שקבעו מראש או שכר טרחו כשכיר יום רגיל?

ואלו שיטות הראשונים:

- ❖ **הרמב"ם בפירוש המשנה** (ב"ק ט, ד) פירש את דברי המשנה כפשוטה ש'השבח' זהו השבח שיצר האומן בצמר, ו'היציאה' אלו ההוצאות שהוציא הפועל על עבודתו.
**על פי זה מתבאר** שבמידה והצמר הושבח בשווי העולה על הוצאותיו של האומן: בעה"ב משלם לאומן על הוצאותיו בלבד ולא על השבח שנעשה בצמר, ובמידה והשבח שנוצר בצמר פחות מהוצאותיו של האומן: בעה"ב משלם על ההשבחה בלבד, ואינו משלם על ההוצאות.
**א"כ מדברי הרמב"ם** עולה שבמידה ונוצר שבח השווה להוצאותיו של הפועל, יקבל הפועל את דמי הוצאותיו, על אף שיתכן שעדיין בעה"ב לא קיבל את סכום השבח שיכל לקבל מהאומן במידה והאומן היה מבצע את עבודתו נאמנה.
**כמו כן מפשטות לשון הרמב"ם נראה** שלעולם האומן אינו יכול לדרוש את שכר אומנתו אלא רק את ההוצאות שהוציא.
- ❖ **מדברי רש"י על משנתינו היה ניתן להבין שסובר כרמב"ם ממש** שאף הוא פירש שהשבח זה מה שהשביח האומן ו'היציאה' אלו הוצאתיו.
**אך מדברי רש"י בב"מ** (קיז: ד"ה 'אם השבח') **ובע"ז** (ז. ד"ה 'ואם השבח') עולה שסובר רש"י שכאשר האומן מקבל את הוצאותיו, הוא מקבל גם שכר טרחה כשכיר יום, אך בדומה לרמב"ם משמע שלעולם לא יקבל האומן את השכר שקצבו מראש.
**א"כ מדברי רש"י עולה** שיכול האומן לדרוש הוצאתיו אף קודם שיקבל בעה"ב את השבח שציפה לקבל במידה והיה עושה את עבודתו נאמנה, וכמו כן יוכל לדרוש גם את שכרו כשכיר יום, אך לעולם לא יוכל לדרוש את שכר אמנתו כפי שקצבו בתחילה.
- ❖ **תוספות הביאו שר"י פירש את דברי המשנה** באופן שונה לחלוטין וזאת לאור דברי הירושלמי, וכך נאמר בירושלמי (ב"ק ט, ה):

מהו אם השבח יותר על ההוצאה נותן לו ההוצאה?

בר נש דיהב לחבריה חמשה מיני עמר וחמשה מיני סממנין ועשרה מנוי אגריה א"ל ציבעיה סומק וצבעו אוכם. א"ל אילו צבעתיה סומק הוה טב עשרים וחמשה מנוי. וכדו דצבעתיה אוכם לית הוא טב אלא עשרין מנוי. את אובדת דידך אנא לא אובד דידי.

**הר"י למד מדברי הירושלמי** שהקרן הוא סכום חומרי הגלם שהביא בעה"ב בצירוף השבח שהיה צריך בעה"ב להרוויח לאחר שהיה משלם לאומן על עבודתו, ו'השבח' הוא כל מה שהשביח הצמר מעבר לחומרי הגלם ולשבח שהיה אמור לקבל, ו'היציאה' היא הסכום המגיע לאומן בעבור אמנתו.
**כלומר:** במידה והביא בעה"ב חומרי גלם (צמר וצבעים) בשווי 10 שקלים וסיכם לתת לאומן 10 שקלים דמי עבודה, וציפה לכך שלאחר הצביעה הצמר יהיה שווה 25 שקלים, יוצא שהוא ציפה שירוויח מהצמר 5 שקלים, ושבח זה נחשב עדיין קרן בנוסף לחומרי הגלם עצמם, יוצא שהקרן הוא 15 שקלים והשבח כל מה שהשביח הצמר מעבר לסכום זה, ו'יציאה' היא שכר האומן שהיא 10 שקלים.
על כן, במציאות שהצמר שווה כיום 20 שקלים, הקרן היא 15 שקלים והשבח הוא 5 שקלים, ובמקרה זה ה'יציאה' שהיא שכר האומן בשווי 10 שקלים יתירה על השבח, ולכן יטול האומן את השבח בלבד, אך במידה והצמר שווה כיום 30, יוצא שהקרן 15 והשבח

15, ו'היציאה' היא 10, במקרה זה השבח יתר על ההוצאה ויטול האומן רק את ה'יציאה' שזה 10 שקלים.
**א"כ מדברי ר"י עולה** שכל שבעה"ב לא קיבל את השבח שהיה אמור לקבל במידה והאומן היה עושה את עבודתו נאמנה, אין האומן מקבל כלום, שזהו הקרן המגיע לבעל הבית, ורק לאחר שקיבל בעה"ב את השבח הנ"ל רשאי האומן ליטול חלקו.
**עוד עולה מדברי ר"י** שבמידה ואכן קיבל בעה"ב את השבח שעליו תכנן מתחילה, רשאי האומן לתובע את דמי אמנתו שקצב עמו בתחילה, ולא רק את דמי הוצאתיו ואפילו לא רק שכר טרחה, אלא גובה את כל שכר האמנות שקצבו מרא"ש.(לעיל הזכרנו את דברי תוספות שאמרו שביאור זה אינו מתיישב על המקרה השני במשנה ש'צבעו עכור' ועי"ש מה שכתבנו בזה).
[**תוספות ביארו** מדוע דינו של האומן פחות מדין אדם רגיל שירד לשדה חבירו שלא ברשות שתמיד מקבל את הנמוך מבין היציאה והשבח שהשביח, ואילו כאן יש מצב שיקבל פחות משניהם יחד (ויקבל רק את היתר מהשבח שהיה אמור להשביח) ונתנו לזה 2 ביאורים :

1. יש לומר שבמקרה של אומן יש כיבכול תנאי בלתי כתוב, שהוא לא יקבל שכר במידה ושינה עד שיקבל בעה"ב את השבח שהיה אמור לקבל ללא השינוי.
2. זהו קנס שקנסוהו חכמים על כך ששינה.

**תוס' עצמם העירו** שבירושלמי לא משמע כביאורו של ר"י משום שהירושלמי שאל 'מהו השבח יתר על היציאה' כלומר מתי יקבל האומן את שכרו ולא את השבח שהוא יתר משכרו, והפירוש של ר"י מבאר מתי השבח פחות מהיציאה ומקבל את השבח ולא את היציאה.]

- **הרא"ש סבר כדברי הר"י** בהבנת המושג 'שבח'.
**אך דייק הגר"א** (ה- ליקוט) **מלשון הרא"ש** שחלק על ר"י בפירוש הביטוי 'יציאה' ולדעתו ה'יציאה' היא ההוצאות שהוציא האומן, אך לא דמי אומנתו, ואת דמי אמנתו לא יכל לתבוע לעולם הואיל ושינה וכפי שהבאנו מדברי הרמב"ם (הגר"א כתב שאף דעת רש"י כן ולא התייחס לכאורה לדבריו בע"ז ובב"מ שאומר שיכול לדרוש שכר טרחה של פועל)
**א"כ מדברי הרא"ש עולה** כי לא יכול האומן לקבל שכרו כלל, ואף ביחס להוצאותיו לא יכול לקבלם עד שבעה"ב יקבל את השכר שציפה לקבל בתחילה ע"י עבודת האומן ללא שינוי.
- **תוס' כתבו שרבינו אלחנן פירש את הירושלמי באופן אחר** אך כתבו שלא מצאו את פירושו, **ובשיטה המקובצת ובהגהות אשר"י** (ב"ק ט,יז) **מופיעה פירושו:**
**רבינו אלחנן סבר** שלדעת הירושלמי יש לחלק בשכרו של האומן בין שכר עבודתו כשכיר יום והוצאותיו לבין שכר אומנתו : את שכר עבודתו כשכיר יום (או שכר עובדים אחרים במידה והיה משכירם) מקבל האומן קודם שיקבל בעה"ב הבית את השבח שציפה לקבל במידה והאומן היה עושה אומנתו, אך את שכר אומנתו לא יקבל האומן קודם שבעה"ב יקבל את השבח שציפה לקבל. לדבריו יש לפרש את מושגי המשנה כך- ה'שבח' הוא השבח שציפה לקבל וכפי שפירשו תוס', ו'יציאה' זה שכר האומן כשכיר יום בלבד, ולכן אם הקרן הוא 10 ושכרו כשכירו יום הוא 5, ושכרו כאומן הוא 5, והשבח שציפה הבעה"ב להרוויח בנוסף הוא 5 (סה"כ 25) ולמעשה שווה הצמר כיום 20, האומן יקבל את היציאה בלבד, כלומר שכרו כשכיר יום, ובעה"ב יטול את ה5 הנותרים כפי שציפה בתחילה, ואם כיום שווה הצמר רק 14, יקבל האומן את השבח השווה 4 ולא את שכרו כשכיר יום שהוא 5.
**ומכול מקום כתב רבינו אלחנן** שבמידה והצמר שווה יותר מ20 נראה שיתן לאומן את השבח הנותר בכדי שיגיע לשכרו המקורי, הואיל ובעה"ב כבר קיבל את ה-5 שציפה לקבל בתחילה.
**א"כ, מדברי רבינו אלחנן עולה** שיכול האומן לגבות את דמי אמנתו כולה אך לאחר שבעה"ב ישלים את השבח שציפה לקבל וכדעת ר"י, אך בשונה מר"י סבר שאת שכר עבודתו כפועל והוצאותיו יוכל לקבל אף קודם שהשלים בעה"ב את השבח שציפה לקבל וזאת בדומה לשיטת רש"י שהבאנו לעיל (וכן לשיטת הרמב"ם ביחס להוצאות אך לא ביחס לשכרו כפועל כמבואר לעיל).

**סיכום קצרצר:**
**לדעת הרמב"ם** יכול האומן לקבל הוצאתיו אף קודם שנוצר השבח שציפה בע"ב לקבל, אך לעולם לא יכול לדרוש שכר בעבור עבודתו.
**דעת רש"י כדעת רמב"ם** אלא שיכול לדרוש שכר כשכיר יום בעבור עבודתו.
**לדעת תוספות** האומן לא יכול לדרוש הוצאות ושכר קודם שיקבל בעה"ב את השבח שציפה לקבל בתחילה, ובמידה וקיבל בעה"ב שבח זה יוכל האומן לדרוש אף את שכר האומנות שקצבו בתחילה.
**הרא"ש סובר כתוספות** שהאומן לא יכול לדרוש הוצאתיו קודם שיקבל בעה"ב את השבח שציפה לקבל, **אך דקדק הגר"א** שהרא"ש חולק על תוס' בעניין השני וסובר שלעולם לא יכול לדרוש שכרו אלא רק את הוצאותיו.
**רבינו אלחנן סבר** שיש לחלק בין שכרו כשכיר יום והוצאתיו לבין שכר קבלנתו : את שכרו כשכיר יום והוצאותיו יכול האומן לדרוש אף קודם שיקבל בעל הבית את השבח שציפה לקבל , אך את

שכר אומנתו לא יוכל לקבל אלא לאחר שיקבל בעה"ב את השבח שציפה לקבל, ובמציאות זו יכול לדרוש את כל דמי אמנתו.

## הכרעת הפוסקים בעניין שבח היתר על היציאה.

**הטור ביאר את המשנה כפירושם של תוספות** שהאומן אינו יכול לדרוש שכרו קודם שבעה"ב יקבל את השבח שציפה לקבל בתחילה, ואם קיבל בעה"ב שבח זה נוטל שכרו (ונראה שסבר שדעת הרא"ש ותוספות אחת היא, ואף הרא"ש מודה שיכול לקבל שכר אומנתו ושלא כדברי הגר"א וכפי שהבאנו למעלה)
**לעומתו כתב הב"י שיש להכריע כדברי רש"י והרמב"ם** וכפשט לשון המשנה שיכול לדרוש הוצאותיו (ומדבריו נראה שסבר שיכול לתבוע גם שכרו כשכיר יום וכדעת רש"י) כאשר הוצאות בעה"ב כוסו ואף שלא קיבל בעה"ב את השבח שציפה לקבל, בפרט שאף תוס' גמגמו בפירושו של ר"י.
**הדרכי משה (ב) השיג על דברי הב"י** וכתב שהרא"ש ותוס' כבר דחו את פירושו של רש"י מכוח הירושלמי ואין לנו כח לחלוק ולומר שהירושלמי חולק על הבבלי במקום שאין צורך.
**השו"ע** סתם כלשון הרמב"ם וכלשון המשנה.
**והרמ"א הוסיף על דבריו** שלא בלשון מחלוקת ש'מה שהיה ראוי להשביח אילו לא שינה הוא בכלל הקרן, וחשבינן השבח (וההוצאה) בלא זה' וכדעת ר"י והרא"ש.
**הסמ"ע (ט) תמה על כך** שהרמ"א כתב את דעת התוס' כאילו אינה חולקת על לשון השו"ע והרמב"ם.
**והש"ך (ה) כתב** שאין זה קשה משום שדרכו של הרמ"א שלא להציג דבר כמחלוקת כאשר הלשון של השו"ע סובלת גם את פירושו (ולשונו כלשון המשנה).
**אמנם לענין הלכה כתב הש"ך שיש להכריע כדעת רש"י והרמב"ם** שזהו פשטות הבבלי שלא ביאר את דברי המשנה באופן אחר מפשטה, והביא שכן הכריע המהרש"ל (ים של שלמה ב"ק ט, כז).
**עוד כתב הש"ך** שניתן לבאר את הירושלמי באופן כזה שאף הרמב"ם ורש"י יסכימו, וביאר שהירושלמי לא ביאר את את לשון המשנה, אלא ביאר שכל מה שנאמר במשנה שנוטל את ההוצאה כשהיא פחותה מהשבח, זה רק לגבי היציאות, אך את שכר אמנתו שקצב לו הוא לא יקבל הואיל והוא הפסיד את הריווח של בעל הבית (פירוש זה תואם הלכתית את פירושו של רבינו אלחנן) והוסיף וכתב שנראה שאף רש"י ורמב"ם יודו שמקבל שכרו כשכיר יום וכפי שכתב רש"י במפורש בב"מ ובע"ז, וכתב הש"ך שאף הרמב"ם יודה לזה.
**וכתב הש"ך** שאמנם משמע ברש"י שלעולם לא מקבל דמי שכירותו, ואף במציאות שבעה"ב קיבל את השבח שציפה לו, יתכן שאין בכוונת רש"י לחלוק בזה על הירושלמי ורש"י דיבר במציאות שלא ידוע כמה היה האומן משביח במידה והיה עושה את עבודתו נאמנה ולכן לעולם אינו משלם לו דמי אמנתו, אבל במקרה שידוע וכבר קיבל את השבח, הוא ישלם לו אך דמי אמנתו.
**הנתיבות (ו) צידד דווקא בפסק הרמ"א ובדעת ר"י והטור**, וביאר שזהו דין פשוט שלא יקבל את שכרו והוצאותיו קודם שיקבל בעה"ב את השבח שציפה לו, ואין צריך בזה לטעמם של תוספות שכך הסכימו או שקנסוהו, שגם בכל פועל הדין הוא שאם בחזרתו הוא גרם הפסד הוא חייב לתקן, ולמד כן מהגמרא בב"מ עג: שם מבואר שאדם שנשלח למכור סחורה ולא הלך והפסיד צריך לשלם לו כאילו מכור בשוק של זולשפט, ורב אשי פוטר רק מהסיבה שיתכן שגם אם היה הולך לא היה מצליח למכור, וביאר השטמ"ק (ב"מ עג: ד"ה 'האי מאן') שהשליח חייב לשלם משום שסמך עליו והפסידו וחיובו מדין ערב.
**וכתב הנתיבות בתחילה שנראה** שגם כשאין כלל שבח, צריך האומן לשלם על כך מביתו אלא שאין זה שכיח ולכן הפוסקים לא כתבו דין זה.
**עוד הציע הנתיבות** שבאמת אינו חייב לשלם על זה מכספו שלו משום שאין זה הפסד שלא יכול להחזירו שהרי יכול לצבוע צמר אחר באדום ולהרוויח את השבח, ואין זה דומה למי שלא הלך לשוק שכעת כבר לא ניתן למכור במחיר זה, אך מכול מקום הוא אינו יכול לקחת שכרו עד שיטול בעה"ב את השבח שציפה לו, משום שאינו דומה ליורד שלא ברשות משום שע"י צביעת השחור הוא לא השביחו אלא אדרבה הפסידו שכעת אינו שווה יותר, ולכן הוא אינו יכול ליטול שכר בשבח עד שיהיה מותר שבח בהצמר יותר ממה שהיה יכול להרויח הבעה"ב מלכתחילה.

## האם יכול בעל הבית לדרוש מהאומן ששינה לשלם לו דמי הצמר והעצים.

**התבאר לעיל** שבמידה ושינה האומן וצבע בצבע אחר ממה שנדרש ממנו או שעשה כיסא במקום ספסל וכדו'- בעל הבית משלם לאומן את הפחות מבין ההוצאה והשבח.
**וכתב הרמב"ם** (שכירות י, ד) שאף אם ירצה בעה"ב שישלם לו את דמי הצמר או העצים שהביא לו, אין שומעים לו, וכן להיפך האומן אינו יכול לומר שהוא משלם את דמי הצמר או העצים משום שהאומן לא קנה בשבח את הכלי.
**ובפירוש המשניות** (ב"ק ט, ד) **ביאר הרמב"ם דין זה** שזאת משום שהתקנה שהאומן יטול בפחות מבין ההוצאה והשבח היא תקנה לשניהם יחד ואין האחד יכול לכפות אחרת על חבירו.
**הראב"ד בהשגותיו כתב על דברי הרמב"ם**: 'אין לזה טעם'.
**רוב הפרשנים הבינו שכוונת הראב"ד** להשיג על מה שכתב הרמב"ם שבעל הבית אינו יכול לומר לאומן שישלם את דמי העצים והאבנים, ולדעתו אכן בעל הבית יכול לתבוע כן מהאומן וזאת בניגוד

לאו״ש ולאבן האזל שפירשו את השגתו על מה שנימק הרמב״ם שהאומן אינו יכול לשלם דמי העצים ולטול את הצמר משום שאינו קנה בשבח הכלי עי״ש בדבריהם).

**הב״י כתב שלפי ביאורו של הרמב״ם בפירוש המשנה** אין מקום להשגת הראב״ד.

**המהרש״ל** (ים של שלמה ב״ק ט, כז) **הכריע כדעת הראב״ד** וביאר שאף ר׳ יהודה מודה שעקרונית האומן קונה את הצמר ע״י שינוי, אלא שסבר ר׳ יהודה שתקנו שלא יוכל לסלקו בדמי הצמר או העצים, ולכן ודאי הרשות ביד בעה״ב לחזור לעיקר הדין ולדרוש ממנו את דמי העצים והאבנים.

**אמנם הש״ך (ו) השיג על המהרש״ל וכתב** שהעיקר כדעת הרמב״ם שבעל הבית אינו יכול לדרוש את דמי הצמר או העצים, משום שלדעת ר׳ יהודה האומן כלל לא קנה את הצמר או העצים כמבואר בב״ק קב: שנחלקו ר״מ ור׳ יהודה אם שינוי קונה, ומשמע שלדעת ר׳ יהודה אינו קונה, והביא שכך כתבו תוספות במפורש בכמה מקומות (ב״ק צה: וקיז:, וע״ז ז.) שלדעת ר׳ יהודה שינוי אינו קונה.

**הנתיבות (ז) כתב** שנראה שאף הראב״ד מודה לכך שבעה״ב לא יכול לדרוש את כל דמי הצמר או העצים, אלא לדעתו בעה״ב יכול להשאר שותף בצמר, משום שהאומן בעלים על השבח, [וביאר ר׳ דניאל ווסטברוק שהנתיבות לשיטתו שגם לשיטה שהאומן אינו קונה בשבח הכלי, וכפי שביאר הרשב״א ששיטה זו סוברת שהאומן מקנה את השבח לבעלים, וזה לא שייך במקרה ששינה מרצון הבעלים], **והבעה״ב הוא הבעלים** על הצמר, ויכול בעה״ב לומר מדוע שאני אשלם לך על השבח, תשלם לי אתה על דמי הצמר או העצים, וכתב הנתיבות שיתכן שאף הרמב״ם מודה לזה [ולא הבנתי דבריו כלל מתחלתם ועד סופם שהרי בסופו של דבר יוצא שהראב״ד אכן סובר שיכול לדרוש את כל דמי הצמר או העצים, וגם לא מובן כיצד הרמב״ם יכול להודות לזה כאשר כתב בדיוק להיפך, וגם בנוגע ל׳גוד או איגוד׳ נראה שאין כוונתו לזה ממש, אלא שיכול לחייבו שהוא יקנה את הצמר או העצים, וצ״ע].

## מדוע שבעה״ב ירצה את דמי העצים ולא את השבח?

**הש״ך (ו) הביא שהמהרש״ל** (ים של שלמה ב״ק ט, כז) **כתב** שוודאי הרמב״ם עסק במקרה שלא נוצר כלל שבח בצמר או בעצים, שאחרת אין כלל סברא לכך שבעה״ב יעדיף את דמי הצמר והעצים על פני הצמר והעצים כעת ששווים יותר.

**אמנם הש״ך כתב** שמשמע ברמב״ם שדיבר במציאות שיש שבח, וקושיית המהרש״ל אינה קושיא משום שיתכן שבעה״ב אינו רוצה לטרוח ולמכור, ורוצה דמי צמרו במעות.

**עוד כתב הש״ך** שפשוט שבמידה וכעת הצמר שווה פחות שיכול הבעה״ב לתבוע דמי צמרו או עציו שהרי האומן הינו מזיק גמור.

**הקצות (ו) דחה את פירושו של הש״ך** שהרי אין ביכולתו של בעה״ב לחייב את האומן לשלם לו בדמים, שהרי אפילו מזיק יכול לשלם ב׳סובין׳, וממילא לעולם יכול האומן להשיב לו את צמרו או עציו כתשלום.

**על כן ביאר הקצות** שהרמב״ם דיבר במציאות שיש שבח והבעה״ב מעדיף שלא לקבל את השבח ולא לשלם עליו או על שכר הפועל, ועל זה כתב הרמב״ם שעליו ליטול את השבח ולשלם לאומן על מה שהשביחו או על שכרו.

**ולעניין סברת הראב״ד כתב הקצות** שעל אף שהאומן לא קנה את הצמר, מכול מקום יכול בעל הבית לדרוש ממנו שישלם לו את דמי הצמר כשם שבמציאות שנטע בשדה חבירו שאינה עשויה ליטע, יכול בעל השדה לו לו ׳טול עציך ואבניך׳ (ודבריו צריכים ביאור ועיין בהערות על הקצות-דז׳מטרובסקי).

**הנתיבות (ז) השיג על הקצות** שלא שייך לומר כן במציאות שלא ניתן לטול את שלו, והוכיח זאת גם מספק הגמרא לגבי צבעו קוף, שלא העלתה אפשרות שיאמר לו טול צבעך ולך.

לשון השו״ע:

**נתן צמר לצבע והקדיחו יורה, נותן לו דמי צמרו.**

**צבעו כעור, או נתנו לו לצבעו אדום וצבעו שחור שחור וצבעו אדום, נתן עצים לחרש לעשות מהם כסא נאה ועשה כסא רע או ספסל- אם השבח יתר על ההוצאה, נותן בעל הכלי את ההוצאה; ואם ההוצאה יתירה על השבח, נותן לו את השבח בלבד.**

(ומה שהיה ראוי להשביח אילו לא שינה הוא בכלל הקרן, וחשבינן השבח (וההוצאה) בלא זה) (טור).

**אמר בעל הכלי: איני רוצה בתקנה זו אלא יתן לי דמי הצמר או דמי העצים, אין שומעין לו. וכן אם אמר האומן: הא לך דמי צמרך או דמי עציך ולך, אין שומעין לו, שאין האומן קונה בשבח כלי שעשה:**

## סעיף ז

**שוחט שקלקל בשחיטתו, מתי חייב לשלם? ומה טעם חיובו של אומן שקלקל?**

**בסעיף ב הבאנו את דברי המשנה בב״ק צח: שכתבה-** ׳נתן לאומנים לתקן וקלקלו חייבים לשלם׳.

**בסעיף זה נרחיב ונבאר** האם יש חילוק בזה בין מי שהוא מומחה לאותה עבודה למי שאינו שאינו מומחה, ובין במציאות שקיבל שכר על העבודה למציאות שלא קיבל שכר על העבודה.
לשון הגמרא בב"ק צט:

**אמר שמואל:** טבח אומן שקלקל - חייב לשלם, מזיק הוא, פושע הוא, נעשה כאומר לו שחוט לי מכאן ושחט לו מכאן.

למה ליה למימר מזיק הוא, פושע הוא?

אי אמר מזיק הוא, הוה אמינא הני מילי היכא דקא עביד בשכר, אבל היכא דקא עביד בחנם לא, קמ"ל פושע הוא.

**איתיביה רב חמא בר גוריא לשמואל:** הנותן בהמה לטבח וניבלה, אומן - פטור, הדיוט - חייב, ואם נותן שכר, בין הדיוט בין אומן - חייב!

**אמר ליה:** לעכר מוחך! אתא ההוא מרבנן קא מותיב ליה, א"ל: השתא שקלת מאי דשקל חברך, קאמינא לכו אנא רבי מאיר, וקאמריתו לי רבנן, אמאי לא דייקת מיליי? שאני אומר: מזיק הוא, פושע הוא, נעשה כאומר לו שחוט לי מכאן ושחט לו מכאן מאן אית ליה האי סברא? רבי מאיר, דאמר: מבעי ליה למירמי אנפשיה.

**הי רבי מאיר?** אילימא [הא] רבי מאיר, (קל"ן סימן) דתנן: קשרו בעליו במוסירה ונעל בפניו כראוי, ויצא והזיק, בין תם בין מועד - חייב, דברי רבי מאיר.

התם בקראי פליגי!

**אלא הא רבי מאיר,** דתנן: לצבוע לו אדום וצבעו שחור, שחור וצבעו אדום - רבי מאיר אומר: נותן לו דמי צמרו.

התם בידים קלאו מיניה!

**אלא הא רבי מאיר,** דתנן: נשברה כדו ולא סילקה, נפלה גמלו ולא העמידה - רבי מאיר אומר: חייב בנזקן, וחכמים אומרים: פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.

וקיימא לן, דבנתקל פושע הוא פליגי.

**אמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן:** טבח אומן שקלקל - חייב, ואפילו הוא אומן כטבחי ציפורי.

**ומי אמר רבי יוחנן הכי? והאמר רבה בר בר חנה:** עובדא הוה קמיה דרבי יוחנן בכנישתא דמעון, ואמר ליה: זיל אייתי ראיה דממחית לתרנגולים ואפטרך!

**לא קשיא:** כאן בחנם, כאן בשכר.

**כי הא דאמר רבי זירא:** הרוצה שיתחייב לו טבח, יקדים לו דינר.

**מיתיבי.** המוליך חטים לטחון, ולא לתתן ועשאן סובין או מורסן, קמח לנחתום ועשאו פת ניפולין, בהמה לטבח וניבלה - חייב, מפני שהוא כנושא שכר!

**אימא:** מפני שהוא נושא שכר.

**מדברי הגמרא יוצא שמוסכם על כל האמוראים** שטבח שאינו מומחה [לשון הגמרא 'אומן'] שקלקל חייב לשלם.

**ונחלקו האמוראים בדבר טבח מומחה:** האם גם הוא חייב לשלם בכל מצב על קלקולו, או שלגביו יש חילוק בין מציאות שקיבל שכר למציאות שלא קיבל שכר:

**דעת שמואל** שאף טבח מומחה חייב לשלם בכל מצב ויש להגדירו כמזיק וכפושע, ומתבאר שהוא נוקט כעמדתו של ר"מ שמוטל על האדם להזהר ביותר מלהזיק את חבירו, ולכן ר"מ מחייב את מי שנשברה כדו וע"י זה הוזק אדם אחר, וזאת אף במציאות שלא יכל להספיק להסיר את השברים, והסיבה שיש לחייבו היא משום ששמתחילה היה לו להזהר שלא להתקל.

**לעומתו מדברי ר' יוחנן עולה** (כך למדה הגמרא מסתירה בהוראותיו בעניין זה) כי אין לחייב את האומן במידה ועבד בחינם, אך במידה ועבד בשכר יש לחייבו.

**הגמרא רצתה להקשות על שיטת ר' יוחנן מדברי הברייתא שאומרת** שהמוליך חטים לטחון, ולא לתתן ועשאן סובין או מורסן, או הנותן קמח לנחתום ועשאו פת ניפולין, או שנותן בהמה לטבח וניבלה – חייב האומן מפני שהוא כנושא שכר, ומשמע שעל אף שהוא לא קיבל שכר יש לחייבו, ותירצה הגמרא שיש לגרוס מפני שהוא 'נושא שכר' כלומר באמת רק כאשר הוא מקבל שכר- יש לחייבו.

**הראשונים פסקו כדעת ר' יוחנן** שטבח אומן מחוייב על קלקולו רק במידה וקיבל שכר על עבודתו, **וכן פסק השו"ע** והביא גם כן את המקרים המופיעים בברייתא של המוליך חיטים לטחון או קמח לנחתום ועשאו פת ניפולין ועוד.

## מאיזה טעם מחוייב האומן לשלם את ההיזק?

**נחלקו הפרשנים** מהי סיבת חיובו של טבח שקלקל, יש שסברו שחיובו מדין מזיק ויש שסברו שחיובו מדין שומר.

**רבים למדו מדברי תוספות** שסיבת חיובו של טבח שקלקל הוא מדין מזיק, ומתוכם נחלקו האם גם טבח מומחה שקיבל שכר מחוייב מדין מזיק או שבזה חיובו הוא מדין שומר שכר, כעת נפרט.

**התוספות במקומות רבים בש"ס** (ב"ק ד. ד"ה 'כיון', ב"ק כז: ד"ה 'ושמואל', ב"מ פב: ד"ה 'וסבר', ב"ב צג: ד"ה 'חייב') כתבו שלמרות שאדם המזיק חייב באונסים, אין זה נכון בכל אונס, אלא רק באונסים המגיעות לרמת רשלנות של 'אבידה' אבל על אונס הדומה לרמת רשלנות של 'גניבה' אין לחייבו, **אחד מהוכחתיהם של תוס' היא מגמרתינו** שסברה הגמרא בתחלה שאומן מומחה חייב גם כשלא קיבל שכר משום שהוא כשומר שכר (כמבואר בברייתא שהבאנו לעיל) ולבסוף הסיקה שזאת רק כשהוא באמת שומר שכר, וביארו תוספות שהגמרא סברה בתחלה שיש לחייבו מדין מזיק על אונס הדומה ל'אבידה' כשם ששומר שכר מתחייב על אונס זה, והשיבה הגמרא שזהו אונס הדומה ל'גניבה' שאין לחייב בו את אדם המזיק, ולכן רק במידה והוא שומר שכר, יש לחייבו.

**האחרונים הבינו מדברי תוספות** שלדעת תוספות סיבת החיוב בטבח שקלקל היא משום שהוא מזיק, אלא שאומן שהוא מומחה נחשב כאנוס באונס הדומה ל'גניבה' ולכן הוא פטור.

**ונחלקו האחרונים בדעת תוספות** מדוע במידה וקיבל הטבח המומחה שכר יש לחייבו:

**החידושי הרי"ם** (ליקוטים לחו"מ סימן כה, חידושים לב"ק צט: ד"ה א"ש) **והבית אהרון** (וואלקין- בעל השו"ת זקן אהרן) **הבינו** שחיובו הוא מדין מזיק וביארו שאף באדם המזיק יש לו תוספת אחריות במידה וקיבל שכר.

**אולם בשו"ת ברכת רצ"ה** (סימן ס) **וכן בחזו"א** (ב"ק סימן ז ס"ק יח ד"ה 'במש"כ') **הניחו בפשיטות** שתוספות סוברים שהחיוב בטבח אומן הוא מדין שומר שכר ולא מדין מזיק (אלא שהרצ"ה האריך בדעת הריב"א (הובא בתוס' רבינו פרץ ב"ק כז. ד"ה 'ואמר') שסובר שהחיוב מדין מזיק עי"ש בדבריו, על אף שמפשטות משמע להיפך מדברי הריב"א ואכמ"ל).

[יש להעיר שאני לא ראיתי הכרח גמור לומר שתוס' סוברים שטבח שאינו מומחה מחוייב מדין מזיק ולא מדין שומר חינם שפשע בשמירתו].

**לעומת גישה זו כתב הרמב"ן** (ב"מ פב: ד"ה ומצאתי בתוס') **במפורש** שאין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק.

**אחרונים רבים** (קובץ שיעורים ב"ק קיט ועיין תבואות שור סימן יח ס"ק כד) **הבינו שלשיטתו** החיוב הוא מדין שומר וכשאינו אומן חייב גם כשהוא שומר חינם מדין פשיעה וכשהוא אומן חייב רק כאשר הוא שומר שכר כדין גניבה ואבידה.

**ואכן שיטה זו נראית כמעט מפורשת בדברי תוס' רבינו פרץ** (ב"ק כז. ד"ה 'ואמר') **בשם ריב"א שכתב** שאף טבח שאינו אומן שפשע אינו יכול להיות מוגדר כמזיק, הואיל ומוטל עליו להתעסק בדבר, וניתן לחייבו רק כאשר הוא פושע, ומשמע שזאת מכוח דיני שמירה (אלא שבברכת רצ"ה כתב שכל שקיבל שכר ולא דקדק בטל שמירתו ולכן חיובו מדין מזיק, ונראים דבריו דחוקים לכאורה ודוק).

**אמנם בתשב"ץ** (ב, קעד) **מצאנו לכאורה גישה שלישית** והיא שהסיבה שיש לחייב את הטבח הוא משם שכך הוא הסיכום בינהם, וכך לשונו:

> אבל אומן בחנם שהוא פטור מפני שהוא סומך עליו אינו מתחייב. והטעם בזה הוא שכיון שהוא אומן מה היה לו לעשות אלא אומר מה שנראה לו וכי מפני שהוא אומן הוא חייב באחריות נזקי הבריות וכשהוא נוטל שכר אינו נוטל שכר אלא על זה שיסמכו עליו ויתחייב באחריותו. וכשהוא הדיוט אפילו אינו נוטל שכר חייב מדינא דגרמי. לפי שלא היה לו להכניס עצמו במה שאינו יודע ויודע שסומכין עליו. אבל האומן הבקי במלאכה ההיא ושואלים אותו ואמר מה שנראה לו ואינו נוטל שכר אם לא נמצא כדבריו מה פשעו ומה חטאתו.

**פוסקים רבים** (עיין שואל ומשיב ג, ב יח, חלקת יעקב חו"מ –כז, ברכת רצ"ה סימן ס ועוד) **דנו בנ"מ** בין חיובו מדין שומר או מדין מזיק לענין דברים שאין בהם חיוב שמירה כגון שהיה בעליו עמו וכיוצא בזה, ולפי טעם התשב"ץ אף שאינו מזיק, יש לחייבו גם במקרים אלו, ודוק.

[יש לציין כי שמואל בגמרא עוסק כמעט במפורש בשאלה זו, ויש להבין את כוונתו: שמואל אומר כי טבח אומן חייב לשלם מפני שהוא מזיק ופושע.

הגמרא שואלת מדוע שמואל נצרך ל2 הטעמים הללו.

וביארה הגמרא שאם שמואל היה אומר שהוא מזיק בלבד, היינו חושבים שרק במידה וקיבל שכר יש לחייבו, על כן הוסיף שמואל שהוא נחשב כפושע.

רש"י ביאר שאם שמואל היה אומר שהוא מזיק, היינו סוברים שהוא מגדיר שיש לחייבו גם באונסים, והיינו מניחים שזה דווקא במידה וקיבל שכר, אך לאחר שהגדיר שמואל שהוא פושע, פשוט שגם כשלא קיבל שכר כלל יש לחייב, שהרי גם שומר חינם מחוייב בפשיעה.

אך לכאורה עדיין יש לתמוה על דברי הגמרא, שהרי אם הוא נחשב כמזיק מדוע שגם שומר חינם לא התחייב על כך? המחנה אפרים (נזקי ממון ה) רצה להוכיח מגמרא זו שאין לחייב אף שומר חינם מדין מזיק, וכל כוונת הגמרא היא שכשם שמזיק חייב באונסים כך יש לחייב רק שומר שכר שחייב באונסים ולא שומר חינם.

אמנם ביד דוד (צט: ד"ה ו'ה"מ היכא דקא עביד בשכר' דחה דבריו וכתב שהיה מקום לומר מסברא שאין לחייבו מדין מזיק היות ואינו פושע, , על כן חידש שמואל שהוא פושע וחייב גם מדין מזיק ע"ש בדבריו]

## טבח מומחה שעבד תמורת טובת הנאה

**כתב הש"ך (ז) בשם השלטי גיבורים** (ב"ק לה: אות ד) שטבח מומחה שעשה בעבור טובת הנאה, אינו מוגדר כנושא שכר, ואין לחייבו במידה וקלקל.

## מיהו הטבח שנקרא מומחה?

**הש"ך (ז) הביא את דברי המהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק ט, כג) **שכתב** שהגדרת טבח מומחה הוא מי ששחט ג' פעמים עופות קטנים, שבהם צריך יותר מומחיות.

## האם ברכות השחיטה נחשבות כשכר?

**עוד הביא הש"ך שהסתפק השלטי גיבורים** האם הברכות שמברך השוחט נחשבות כשכר ומחייבות אותו במידה שקלקל על אף הוא מומחה.
**הש"ך כתב שנראה שתלמיד טועה כתב זאת** שהרי מפורש בש"ס שטבח מומחה שלא מקבל שכר פטור, וזאת על אף שהוא מברך.
**הקצות (ז) הביא את דברי השלטי גיבורים באריכות** שם התייחס במפורש לדברי הש"ס וציין שמהם משמע באמת שאין זה שכר, אך התקשה בזה שוודאי ידע התלמוד שיש לברכה ערך ודמים כמבואר בב"ק צא: ובחולין פז. שם מבואר שהחוטף מצווה לחבירו חייב עשרה זהובים , וגם דחה את האפשרות שהברכה עצמה אינה מצוה ואין לה ערך בדמים שכבר מבואר בתוס' (ב"ק צא: ד"ה 'וחייבו') שאף לברכה יש ערך 'ומצווה וברכה הכל אחד', עוד דחה השלטי גיבורים את האפשרות שהיות ונטרפה הבהמה לא הייתה משמעות לברכה ולכן לא הרוויח כלום, וכתב שאין לומר כן **שכבר מבואר בטור בסימן שלנו** שהטבחים שלוקחין הכרכשתות מן הכשרות נקראים שומרי שכר אף על פי שאין לוקחין מן הטרפות כיון שאם לא נטרפה היה נוטל נמצא זה שכרו ועוד הכרכשתות שנותנין לו מן הכשרות הן הן שכרו גם על הטרפות.
**ונשאר השלטי גיבורים בצ"ע.**
**הקצות הביא שהפלפולא חריפתא** (ב"ק ט, טו אות ז) **תירץ את קושיית השלטי גיבורים** שהיות ולבסוף הבהמה נתנבלה לא רק שאין לו שכר בברכה אלא זה הפסד לו שבירך לבטלה, ואף שהוא אנוס, לגבי שמים הוא נחשב פושע, ולכן אין זה דומה לדברי הטור ביחס לטבחים שלוקחים ככרשתות ואף דאנוס הוא לגבי שמים חשבינן ליה כפושע.
**הקצות תירץ באופן אחר** והוא, שאף שיש ערך לברכה אין זה נחשב כשכר לעניין שומר שכר, משום שמצוות 'לאו ליהנות נתנו', וכתב הקצות שכן מוכח מהמחלוקת בעניין שומר אבידה אם הוא שומר שכר משום 'פרוטה דרב יוסף' ואף אחד לא העלה על דעתו שהשכר הוא עצם קיום המצוות של השבת אבידה.

## טבחים שלוקחים כרכשתות כשכר

**הזכרנו לעיל שכתב הטור** שהטבחים שלוקחים כרכשתות מן ההבהמות כשרות נקראים שומרי שכר אף על פי שאין לוקחין מן הטרפות כיון שאם לא נטרפה היה נוטל נמצא זה שכרו ועוד שהכרכשתות שנותנין לו מן הכשרות הן הן שכרו גם על הטרפות
**הב"י כתב** שדברי הטור הינם דברי טעם.
**וכן פסק הרמ"א.**
**הש"ך (ח) כתב בשם המהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק ט, כג) שלפי טעמו השני של הטור יוצא ששוחט ששוחט גם בהמות וגם תרנגולות, ולוקח כרכשתות מהבהמות, הוא נחשב כשומר שכר גם על התרנגולות, משום שהכרכשתות של הבהמהות הוא שכר גם בעבור התרנגולות.
**בסיכומנו לסימן רכז סעיף כה הבאנו את דברי התשב"ץ שכתב**[199] שאומן שנתן חוות דעת על קניית גוש עופרות זהב ואמר שהוא אמיתי, ובתמורה לייעוץ זה סיכם עם הקונה שאם חוות דעתו נכונה יקבל חצי מהריוח, ונמצא שטעה בדבריו, אינו מחוייב לשלם ואינו נחשב כנוטל שכר, שהרי במקרה שטעה ואין ריוח אינו נוטל שכר, ונוטל שכר רק במציאות שיש שם ריוח, ובמקרה זה אינו חייב לשלם.
**בהגהת התשב"ץ הקשה מדברי הטור אצלנו שפסק** שאף אם בסוף לא קיבל שכר, הוא נחשב כשומר שכר כיון שבמידה והייתה הבהמה כשרה הוא היה נוטל שכר.
**ותירת הקצות בסימן רכז** (ס"ק יא) שאין דמיון בין המקרים, משום שהטור דיבר במציאות קיבל שכר על הצד שיעשה עבודתו נאמנה, ודינו דומה לכל שומר שכר שמקבל כסף רק במידה ובאמת שמר כראוי, אבל במקרה של הקונה עופרות זהב, הוא התחייב לשלם לו מן הזהב במידה ויהיה

[199] חלק ב סימן קעד.

זהב, ואם היה האומן מדקדק היטב היה מגלה שכלל לא היה זהב, ולא היה מקבל שכר, ונמצא שאף אם היה עושה את עבודתו בצורה טובה לא היה מקבל שכר.
**וכתב הנתיבות בסימן רכז** (ס"ק כב) שדברי הקצות דברים של טעם הן.

לשון השו"ע:
**המוליך חטים לטחון, ולא לתתן, ועשאן סובין או מורסן; נתן קמח לנחתום ועשאו פת נפולין; בהמה לטבח, וניבלה; בשכר, חייבים לשלם דמיהם.**
**ואם שחט בחנם, אם היה טבח מומחה, פטור; ואם אינו מומחה, חייב.**
(והטבחים שלוקחין הכרכשאות מן הכשרות, מקרי שכר, ואם נבלו חייבים לשלם) (טור).

## סעיף ה

### שוחט שעשה את הבהמה ספק טריפה

לשון הגמרא בב"ק צט:
ההוא מגרומתא דאתאי לקמיה דרב, טרפיה, ופטריה לטבח מלשלומי דמי.
**פגעו ביה רב כהנא ורב אסי בההוא גברא, אמרו ליה:** עביד בך רב תרתי.
מאי תרתי?
אילימא תרתי לגריעותא, דאיבעי ליה לאכשורי כר' יוסי בר' יהודה וטרפה כרבנן, ואי נמי כרבנן, דאיבעי ליה חיובא לטבחא.
ומי שרי למימר כי האי גונא?
והתניא: כשיצא, לא יאמר אני מזכה וחבירי מחייבין, אבל מה אעשה שחבירי רבו עלי, ועל זה נאמר: "הולך רכיל מגלה סוד!"
אלא תרתי למעליותא, דלא אוכלך ספק איסורא, ומנעך מספק גזילה.
**הגמרא מספרת** שרב הטריף בהמה שהשוחט שחטה ב'הגרמה' כלומר ששחט תחילה רוב הקנה כהלכתו בטבעת אחת של הקנה בקו ישר, ולאחר מכן היטה את הסכין וגמר את השחיטה בטבעת אחרת, וזאת כדעת חכמים החולקים על ר' יוסי בר' יהודה וסוברים ש'הגרמה' פוסלת את השחיטה (עיין במשנה בחולין יח.)
כמו כן פטר רב את השוחט שעשה כן.
**ומתבאר בגמרא** שרב אסר את הבהמה מכוח ספק איסור, ומספק גזילה לא חייב את השוחט לשלם שיתכן שלא הזיקו כלל.
**רש"י** (ד"ה 'ומנעך') **ביאר** שהספק הוא האם הלכה כר' יוסי בר' יהודה שמתיר 'הגרמה' או כר' חכמים, ולכן החמיר כדעת חכמים.
אך לכאורה ישנו קושי בביאור זה שהרי בגמרא בחולין (יח.) פסקו רב ושמואל כדעת ר' יוסי ברי יהודה' שיש להכשיר את הבהמה שנשחטה ב'הגרמה'.
**על כן כתבו תוס' בשם ר"ת** שרב באמת סבר שבהמה שנשחטה ב'הגרמה' כשירה, אך זאת דווקא כשהשחיטה הייתה בטבעת הגדולה אבל בשאר טבעות לא (כמבואר שם בגמרא) ורב החמיר על בעל הפרה הואיל והוא עם הארץ ואם יקל לו ב'הגרמה' זו הוא יקל גם ב'הגרמה' כאשר השחיטה הייתה בשאר הטבעות. תוס' התייחסו לכך שלכאורה לפי פירוש זה פשוט שאין לחייב את השוחט שהרי באמת לא הטריף לו את הפרה וא"כ מדוע הגמרא אמרה שזהו ספק גזילה, וביארו תוס' שהספק הוא שהיות וידע השוחט שבעל הפרה עם הארץ, היה לו להעלות על דעתו שרב יאסור לו את הפרה.
**אמנם ר"י יישב באופן אחר וביאר** שמדובר שהשחיטה הייתה בשאר הטבעות, ובאמת לשיטת רב צריכה הבהמה להיאסר, אלא שבגמרא נאמר שאין הלכה כרב בזה, והסתפק רב האם הלכה כמותו או לא.
**המגיד משנה** (שכירות י, ה) **וההגהות אשר"י בשם מהרי"ח** למדו מגמרא זו שאם השוחט שחט באופן שיצר ספק טריפה, אין לחייבו (ולכאורה למדו כן מפירושו של רש"י א של ר"י).
**המגיד משנה נתן דוגמא לזה** כגון ששיהה במיעוט סימנים שיש על זה ספק בגמ' בחולין לב. **וכן פסק השו"ע.**
**הב"י ציין לדברי תרומת הדשן** (סימן קפו) **שם כתב** שאם השוחט גרם לבהמה להיות במצב שבו 'החומרא מפורשת בהלכות שחיטה שביד השוחטים' שאין לאכול בהמה במצב זה- חייב השוחט לשלם, משום שהשוחט ידע שאם הוא יקלקל קלקול זה תיאסר השחיטה, והיה לו להיזהר.
**וכתב התרומת הדשן שדין זה פשוט לשיטת ר"ת** שסבר שכל מה שפטר רב הוא כאשר מעיקר הדין הבהמה לא נטרפה, ואעפ"כ הסתפק שמא יש לחייבו משום שהיה עליו להעלות על דעתו שרב יטריף, וא"כ כאשר החומרא ידוע לכחל פשוט שיש לחייבו.

**אך הוסיף תרומת הדשן שדינו נכון גם לשיטת רש"י ור"י** שסברו שהספק היה בדין ואעפ"כ פטרו רב, וביאר תרומת הדשן ששם עדיין היו מורי הוראה שמתירים 'הגרמה' זו, ולכן יש צד שלא היה עליו להעלות על דעתו, אבל במקרה שהחומרא ידוע לכל וכתובה בספרי השוחטים פשוט שאף רש"י ור"י יודו שיש לחייבו.

**עוד כתב תרומת הדשן שאין להוכיח מדברי ההגהות אשר"י שפטר** גם בשאר ספיקות שסור שכל שאינו חייב מצד הדין יש לפוטרו, משום שיש לומר שההגהות אשר"י דיבר בספק שהיה לטבח להסתפק בו, אך גם הוא יודה שאם היה ידוע שהבהמה תאסר, שיתחייב השוחט.

**הדרכי משה בסימן שפו** (ס"ק ד) **כתב** שלא נראים דברי תרומת הדשן לאור העולה מהסימן שלנו, וכנראה כיוון לכך שדברי ההגהות אשר"י והמ"מ סותרים את דבריו.

**וכן להלכה כתב הרמ"א** שנראה לו שכל דבר שנאסר מספק אינו מחייב את השוחט אף כשאנו נוהגים לאסרו, וזאת אע"פ שיש מי שחולק.

**הסמ"ע (יז) כתב** שנראה שדעת השו"ע כדעת הרמ"א משום שכתב שמספק איננו מוציאים ממון, ומשמע שזאת שלמרות שאנו אוסרים זאת מחמת הספק.

**אמנם הש"ך (י) הצדיק את דברי תרומת הדשן,** וכתב שאין מי שחולק על זה, ועל אף שהמ"מ והשו"ע פטרו במציאות ששהה במיעוט סימנים, אין בזה סתירה לדברי תרומת הדשן משום שהם כתבו כן במציאות שלא מבואר בהלכות השוחטים שהדבר אוסר, והביא סיוע לדבריו מפסק השו"ע ביו"ד (סימן כג סעיף ב) שפסק שאם השוחט שהה במיעוט קמא או במיעוט בתרא הבהמה כשרה והבהמה נפסלת רק במידה ושהה במיעוט אחרון של סימן ראשון', וכתב הש"ך שזה דבר שאינו מצוי ויתכן שהשוחטים אינם בקיאים בזה, אבל לפי מנהג האשכנזים שאוסרים בכל שהייה פשוט שכולם יודו שחייב הטבח לשלם.

**הקצות (י) כתב** שעל אף שאין 'תלמיד כמותו מכריע', לדעתו כל קלקול בשהיה אינו מחייב את השוחט משום שזהו היזק שאינו ניכר, ורק בחומרא של הגרמה ועיקור יש לחייב משום שזהו היזק ניכר.

**הקצות ביסס דבריו על הרמב"ן** (קונטרס 'דינא דגרמי') **שכתב** שהסיבה שבד"כ אין להחשיב את הטבח שקלקל כמזיק בדבר שאינו ניכר, היא שהיות ולא שחט כדין, אז עצם השחיטה עצמה נחשבת כהיזק וכאילו ערף את בהמת חבירו, והקשה הקצות בס"ק ט שא"כ גם כאשר אדם פיגל בהמת חבירו היה לנו לומר שחייב היות וערף ראשה ותירץ הקצות שיש לחלק בין מציאות שהפסול הוא בעצם השחיטה שבזה יוצא שהשחיטה אינה שחיטה אלא מעשה היזק כעריפת ראש, לבין מציאות שהשחיטה הייתה כהלכתה והוציאה את הבהמה מלהיות נבילה שבזה אף נפסלה מגורם חיצוני כגון מחשבת פיגול, זה היזק שאינו ניכר, וכתב הקצות שלפי זה הוא הדין במקרה של חומרת שהיה שמעיקר הדין הבהמה כשירה ויצאה מידי נבילה, ורק לענין איסור אכילה אנו מחמירים שבזה מעשה השחיטה אינו נחשב כעריפת ראש, ולכן ההיזק אינו ניכר. אך לגבי חומרת הגרמה ועיקור יש לחייב משום שההיזק עצמו ניכר וכפי שכתב הרמבן בקונטרסו שעל זה אין כלל קושיא הואיל והזיקו ניכר.

**הקצות ציין לכך שהש"ך בסימן שסג** (ס"ק ז) **כתב** שאף שומר נפטר מהיזק שאינו ניכר (ונראה שסבר שחיובו של אומן מדין שומר ולא מדין מזיק, ולכן רצה לומר שאע"פ שהוא שומר יש לפוטרו מהיזק שאינו ניכר) יש לציין שהש"ך שם הביא שהמהרש"ל (ים של שלמה ב"ק א, כ) חלק עליו בזה עי"ש.

**הנתיבות (ח) השיג** על הקצות וכתב שדין חומרת הגאונים כדין איסור דרבנן ודין איסר דרבנן כאיסור דאורייתא שחכמים תקנו כעין תורה, וכשם שבדין תורה כשהשחיטה פסולה זה נחשב כעריפת ראש, הוא הדין בחומרת הגאונים, ועוד שיש לדמות זאת לדיין שאסר את המותר שחייבו לשלם כדי שידקדק.

**וכתב (ט) הנתיבות** שאם השוחט בדק את ניתוק הסירכות בכדי להכשיר את הבהמה ומחמת זה הטריף את הבהמה, יש לפוטרו וזאת גם לדעת הש"ך משום שזה ודאי היזק שאינו ניכר. שהרי השחיטה נעשתה כדין ולא שייך לומר שנחשב שערף את ראש הבהמה, וכתב שזאת אפילו במזיד [לפי המ"ד שאין לומדים קנס מקנס בגיטין נג. ואפילו למ"ד שלומדים, טעם הקנס הוא כדי שלא יהא כל אחד הולך ואוסר ממון של חברו, וכאן אדרבה התכוון להכשיר ולא להזיק.]

## מצא סכין פגום אחרי השחיטה

**כתב הטור** שנראה שאם נמצאה הסכין פגומה לאחר שחיטה, והוא בדק אותו תחילה, יש לפוטרו על אף שלמעשה אנו נאסור את הבהמה באכילה מחשש שמא נפגם בעורה.

**וביאר הסמ"ע (טו)** שבמקרה זה, זו פשיעתו, משום שסכין טובה אינה נפסלת ע"י העור, אך אין לחייבו משום שעדיין יתכן שהסכין נפגמה בעצם המפרקת שבזה הטריפה היא מספק ולכן לא ניתן להוציא ממנו ממון[200].

---

[200] וכתב הנתיבות (ח): 'והוא תמוה לכאורה דמה בעי בזה, הא אפילו הוי פשיעה פטור מטעם דיכול לומר אולי כשירה היא, כמו בשהה במיעוט סימנין. ואין לומר דבא לומר דאפילו היש מי שחולק בשהה במיעוט סימנין שהביא רמ"א מודה בכאן משום דאונס הוא, דזה אינו, דמ"מ יתחייב מטעם מתוך [שאינו יכול לישבע משלם] כיון שאינו יודע אם נאנס, כמו בסימן ש"מ סעיף (ד') [ג'] בהג"ה גבי מתה מחמת מלאכה ע"ש'.

**הב"י הביא שכדברי הטור כתב הרשב"א בתשובה** (ד, קל) והוסיף שמ"מ השוחט מפסיד את שכרו משום שעדיין יש ספק שמא שחט בסכין פגומה.
**השו"ע פסק** כדברי הטור שאין לחייב את השוחט כשנמצא הסכין פגומה.
**והרמ"א הוסיף את דברי הרשב"א** שמכל מקום איבד שכרו.
**הש"ך כתב** שאין בדין זה סתירה לדינו של תרומת הדשן שהובאה לעיל (שבחומרא ידועה חייב השוחט) משום שהשוחט לא יכל להעלות על דעתו שהוא יפגום את הבהמה.

## במה שונה דין טבח שקלקל שאין מחייבים על ספק טריפה לבין לוקח שקנה בהמה שמבטל את המקח גם בספק טריפה?

**הסמ"ע (טז) הקשה** במה שונה דינו של טבח שקלקל שאין מחייבים אותו על ספק טריפה מדין הרמ"א בסימן רלב סעיף יב לגבי מקח שם נפסק שאף במקרה שהבהמה ספק טריפה בטל המקח וזאת גם במציאות שכבר שילם מעות ואיננו אומרים שאין להוציא ממון מספק, וכתב הסמ"ע שהחזרת מעות המקח אינה חשובה כל כך הוצאת ממון, כמו לחייב אדם על היזק.
**הש"ך כתב (ט) כתב שתירוצו של הסמ"ע דחוק** שהרי בסופו של דבר מוציאים מהמוכר ממון.
**אך כתב הש"ך שקושיית הסמ"ע אינה מתחילה** משום שלעניין מקח ברור שגם כאשר הבהמה ספק טריפה לא היה הלוקח קונה אותה מלכתחילה ופשוט שזהו מקח טעות
לשון השו"ע:

**במה דברים אמורים?**
**שניבלה בוודאי**
**אבל אם עשה בה טרפות הפוסלה מספק, כגון ששהה במיעוט סימנים, פטור. וכן אם מצא הסכין פגום, והוא בדקו תחלה, כיון דאיכא למימר בעצם המפרקת נפגמה, לענין ממון לא מפקינן מספק.**
הגה: אף על גב דאנו נוהגין לאסרו, אפילו הכי פטור מממון, וכן נראה לי. ואף על פי שיש מי שחולק (תרומת הדשן סימן קפ"ו).
ומכל מקום שכרו הפסיד, דדילמא בסכין פגום שחט (בית יוסף בשם רבינו ירוחם והרא"ש):

## סעיף ו

### המראה דינר לשולחני ונמצא רע

לשון הגמרא בב"ק צט:-ק.

**איתמר:** המראה דינר לשולחני ונמצא רע:
**תני חדא:** אומן - פטור, הדיוט - חייב
**ותניא אידך:** בין אומן בין הדיוט - חייב!
**אמר רב פפא:** כי תניא אומן פטור - כגון דנכו ואיסור, דלא צריכי למיגמר כלל.
אלא במאי טעו? טעו בסיכתא חדתא, דההיא שעתא דנפק מתותי סיכתא.
**ההיא איתתא דאחזיא דינרא לרבי חייא:** אמר לה: מעליא הוא. למחר אתאי לקמיה ואמרה ליה: אחזיתיה ואמרו לי בישא הוא, ולא קא נפיק לי,
**אמר ליה לרב:** זיל חלפיה ניהלה, וכתוב אפנקסי דין עסק ביש.
ומאי שנא דנכו ואיסור דפטיר? משום דלא צריכי למיגמר, רבי חייא נמי לאו למיגמר קא בעי!
רבי חייא לפנים משורת הדין הוא דעבד; כדתני רב יוסף: והודעת להם - זה בית חייהם, את הדרך - זו גמילות חסדים, ילכו - זו ביקור חולים, בה - זו קבורה, את המעשה - זה הדין, אשר יעשו - זו לפנים משורת הדין.
**ריש לקיש אחוי ליה דינרא לרבי אלעזר,**
**אמר:** מעליא הוא,
**אמר ליה:** חזי דעלך קא סמכינא.
**א"ל:** כי סמכת עלי מאי למימרא? דאי משתכח בישא בעינא לאיחלופי לך.

**והא את הוא דאמרת:** רבי מאיר הוא דדאין דינא דגרמי, מאי לאו ר' מאיר ולא סבירא לן כוותיה!

**א"ל:** לא, ר' מאיר וסבירא לן כוותיה...

**הגמרא מציגה סתירה לכאורה בין 2 ברייתות** בדבר חיובו של שולחני שאמר לאדם שמנה זה טוב ועל פי זה לקח אותו אדם את המנה ונתברר שהוא מנה רע:

**לדעת ברייתא אחת** יש לחלק בזה בין שולחני אומן שפטור, לבין שולחני שאינו אומן שחייב.

**ולדעת הברייתא השניה** לעולם חייב בין אומן ובין שאינו אומן.

**רב פפא ביאר שאין מחלוקת בין הברייתות**, ויש לחלק בזה בין אומן רגיל לבין מומחה ממש כגון דנכו ואיסור, שהם אינם טועים כלל ולכן אין להם שום פשיעה והסיבה שטעו במקרה זה הוא משום שבאותה שעה נפסל המטבע והעמידו צורה אחרת והם עדיין לא היו בקיאים בה (ע"פ רש"י).

**ומסיפור הגמרא עם ר' חייא מתברר** שאף כאשר הוא מומחה ממש, לפנים משורת הדין יש לשלם.

**עוד מבואר בגמרא שסבר ר"ל** שבמידה והאדם שמראה לשולחני אומר לו: 'ראה- עליך אני סומך' יש לחייב את השולחני מכוח 'דינא דגרמי' וכדעת ר"מ.

## שולחני שאינו בקי גדול, אם חייב כשלא אמר לו השואל: 'ראה- עליך אני סומך'

**נחלקו הפוסקים** האם החיוב כשמראה לשולחני שאינו בקי ואמר שהוא טוב והסתבר שהוא רע, הוא רק במציאות שאמר לו: 'ראה- עליך אני סומך', ויש בזה שיטות רבות:

- **הרי"ף** (ב"ק לה:) **כתב** שרק במציאות שאמר 'ראה- עליך אני סומך' יש לחייב, ולמד כן מהסיפור בגמרא ביחס לר"ל שמשמע שהחיוב הוא רק משום שכך אמר לו, **וכן פסקו הרמב"ם** (שכירות י, ה) **והרשב"א.**
- **תוס'** (ב"ק צט: ד"ה 'אחוי') **סברו** שיש לחייבו אף כשלא אמר כן וראייתם מהמקרה של ר' חייא שחייב עצמו והקשה עליו רב שהרי הוא בקי גדול וצריך להפטר והשיב לו שעשה כן לפנים משורת הדין, ועולה מגמרא זו שאם לא היה בקי גדול היה חייב מן הדין, ושם לא מתואר שהאשה שהראתה לו את הדינר אמרו לו: 'ראה- עליך אני סומכת'.
  **הרא"ש צידד בדעת תוס'** וביאר שכך נראה גם מסברא שפשוט שעצם זה שהראה לשולחני מוכיח שהוא סמך עליו.
- **רז"ה** (ב"ק לה: בדפי הרי"ף) **סבר** שיש לחלק בין מציאות שהשולחני רואה את המקח שבו אין צורך באמירה וביאר שזה המקרה של ר' חייא, לבין מציאות שאינו רואה ובזה יש צורך באמירה וכמקרה של ר"ל.
  **הרמב"ן במלחמות הסכים לחילוקו של הרז"ה** , וכתב שאף הרי"ף התכוון לזה, וכל כוונתו שיש צורך בהוכחה שסמך עליו, ולא שלעולם יש צורך באמירה מפורשת.
- **האור זרוע** (ב"ק סימן תי ובקצרה בהגהות אשר"י פרק ט סימן טז ובמרדכי ב"ק קטז) **הביא את שיטת רבינו אפרים** שסבר שהחיוב באומן הוא רק במציאות שעל פי אמירתו מחוייב השואל לקיים דבריו (כגון שנתן חוות דעת מקצועית בין 2 אנשים והתחייבו לעשות כדבריו וכיוצא בזה) וזה היה המקרה של ר' חייא, ואף במקרה של ר"ל ור' אלעזר זו הייתה המשמעות שאמר ר"ל לר' אלעזר 'עליך אני סומך' ואתחייב לעשות כדבריך.
  **רבינו אפרים האריך להביא ראיות** לכך שסתם עיצה אינה מחייבת.
  **אחת מראיות היא מהגמ' בב"ב ל:** שם מבואר שגם במידה ויעץ אדם לחבירו לקנות שדה מאדם מסויים ולאחר מכן בא המייעץ לקונה בטענה שזו קרקע שלו והמוכר גזלו ממנו, והסיבה שייעצתי לך היא משום שאתה נוח לי מהראשון, ונפסק שהדין עמו, ולא חייבוהו על שיעץ לו לקנות קרקע גזולה, ומכאן הוכיח שרק כאשר העיצה מחייבת את השואל- חייב היועץ.
  (לקמן נביא שהש"ך הבין אחרת את דברי רבינו אפרים)
- **בהגהות אשר"י הביא את שיטת המהרי"ח** שסבר שדברי הגמרא אמורים ביחס לבקי גמור (ואף ר"א היה מן הסתם בקי גמור), ואף אצלו יש לחייב כשאמר 'עליך אני סומך', וביאר שהסיבה שר' חייא היה פטור הוא משום שהאשה לא אמרה: 'ראה עליך אני סומך', ובאמת שולחני שאינו בקי גמור חייב בין במציאות שאמרו ובין כשלא אמרו.

**המגיד משנה כתב שהעיקר כדעת הרי"ף הרמב"ם** ו'סעייתם' שאין לחייב אף שולחני שאינו בקי גמור כשלא אמר לו השואל: 'ראה- עליך אני סומך'.

אף השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.

הרמ"א הוסיף את דעת הרא"ש שיש לחייב אף כשלא אמר השואל: 'ראה עליך אני סומך'.

**אך אף הרמ"א הכריע** שדעת הרי"ף והרמב"ם עיקר.

**לעומם כתב המהרש"ל** שהעיקר כדעת תוס' שיש לחייב אף כשלא אמר לו השואל שעליו הוא סומך.

**והש"ך (יב) הצדיק את פסק השו"ע והרמ"א** שהעיקר כדעת הרי"ף והרמב"ם אך לפי פרשנותם של הרז"ה והרמב"ן שכאשר הדבר מוכח שסומך עליו אין צורך באמירה.
**עוד חיבר הש"ך את שיטת הרמב"ם ו'סייעתיה' לשיטת רבינו אפרים,** וביאר שרבינו אפרים סבר שכשלא אמר 'ראה: עליך אני סומך' אז יש לחייבו רק במידה שהוא יהיה מחוייב להקשיב לדבריו (א"א- שזהו הגילוי מילתא הגדול ביותר שהוא עושה על פיו), ובמידה שאינו מחוייב להקשיב לדבריו יש לחייב רק שאמר: ראה- עליך אני סומך. [יש לציין שבאור זרוע מוכח לא כך, ושלדעת רבינו אפרים גם אמירת 'ראה- עליך אני סומך' מועילה כאשר המציאות היא שהשואל חייב לנהוג כעצת השולחני, ואמירה זו נצרכת רק בשביל להודיע לשולחני שכך המצב].
**ועל בסיס דברי רבינו אפרים דחה הש"ך את טענת הרא"ש** שאין צורך שיאמר השואל: 'ראה- אני סומך עליך', משום שפשוט שהשואל שואלו קודם שלקח את הכסף בכדי לדעת אם לעשות זאת, וברור שסומך עליו.
**והביא הש"ך מדברי רבינו המרדכי** שעל כרחך לא תמיד אנו מניחים שהוא סומך עליו כמבואר בגמ בב"ב לה: שהבאנו לעיל.
**והביא הש"ך שאף רבינו ירוחם** (נתיב לא, חלק ב) הכריע כדעת הרי"ף והרמב"ם, והביא שאף הרא"ש (כלל קב סימן ג) סתם כדעת הרי"ף והרמב"ם, ובסוגריים כתב שיש ראיה לשיטת הרי"ף והרמב"ם בירושלמי בכלאים פרק ז וזאת לאור פרשנותו לביטוי 'המחזיק בו' שפירושו שסומך עליו.

## לווה ששילם בדינר רע ופטרו המלוה מכוח דברי השולחני, אם יכול לשוב ולתבוע את הלווה.

**הש"ך (יב) הביא את דברי השלטי גיבורים שכתב** שברגע שהמלוה פטר את הלווה כשקיבל דינרו מכוח יעוץ השולחני ונמצא אח"כ רע, כבר נפטר הלווה וכעת דינו של המלוה עם השולחני, ודייק כן מלשון הרא"ש שכתב שתמיד השואל סומך את השולחני ופוטר את הלווה מחובו ע"י דינר זה.
**הש"ך האריך להשיג עליו וכתב** שפשוט שלא נמחל ללוה שאין לך מחילה בטעות גדולה מזו, ואין להוכיח מדברי הרא"ש, משום שהוא התכוון שפטרו בנתים לפי שעה או שהניחו ללכת למדינת הים, ואין לומר שהיות ושהה זמן ולא תבע- מחל כדין המבואר בהלכות אונאה שאם עבר זמן שיראה לתגר, שוב אינו יכול לתבוע, משום שבמקרה זה ברור שהוא לא תבע משום שסבר שדינר זה טוב הוא כדבריו של השולחני, והביא הש"ך שתוס' (ב"ק ק. ד"ה 'טיהר') כתבו במפורש שר"מ חייב את השולחני אע"פ שיכל בעה"ב לתבוע את הנותן, והביא עוד ראיות לדבריו.

## שולחני שאומר בפירוש 'אל תסמוך עלי'

**כתב הש"ך בשם השלטי גיבורים** ששולחני שאומר בפירוש 'אל תסמוך עליי' פטור, וכתב הש"ך שזה פשוט.

## האם יש חילוק בין אומן להדיוט?

**הש"ך (יב) הביא את דברי המהר"ם בתשובה** (קרימונה סימן נו) **שכתב** שהרי"ף פטר שולחני שאמר על דינר רע שהוא טוב, כשלא אמר: 'ראה אני סומך עליך', רק כאשר השולחני הדיוט, אך כאשר הוא אומן- חייב גם כשלא אמר זאת.
**ותמה עליו הש"ך** שבסוגיא מוכח שלאומן יש יותר סיבת פטור מלהדיוט, וביאר הש"ך שמה שכתב הש"ך שהדיוט לא מתחייב עד שיאמר אמירה זו, זאת משום שאומן פטור גם כאשר אומר אמירה זו.
**הנתיבות (יב) כתב ליישב** שכל שהוא הדיוט ברור שלא סמך עליו עד שיאמר: 'ראה- אני סומך עליך', אבל לגבי אומן אין צורך באמירה זו וחייב אף ללא זה.
[לכאורה הנתיבות מחלק בין אומן בקי שפטור כמבואר בגמרא לבין אומן רגיל שבזה יש לחייבו אף לא אמירה זו, וכל האמירה נצרכת לאדם שאינו אומן כלל]

## האם שולחני מומחה חייב כאשר קיבל שכר?

**כתב הרמב"ם** (שכירות י, ה) שבמידה והאומן מקבל שכר ואמר על דינר רע שהוא טוב יש לחייבו אף אם הוא בקי שאינו צריך להתלמד.
**כדברי הרמב"ם כתב הרא"ש** (ב"ק ט, טז).
**הרא"ש התייחס לשאלה** מדוע רב פפא נצרך לומר שהישוב בין הברייתא שמחייבת אומן לזאת שפוטרת היא במידת מומחיותו ולא תירצה שהברייתא המחייבת עוסקת במציאות שקיבל שכר והברייתא הפוטרת עוסקת במציאות שלא קיבל שכר, וכפי שתירצה הגמרא לעיל בעניין טבח שקלקל. ותירץ הרא"ש שדברי רב פפא מוכרחים מצד עצמם משום שלצורך הכרת מטבע נדרשת בקיאות רבה, ואין לאדם לעשות כן אלא אם כן הוא בקי כדנכו ואיסור ומכול מקום אף הם

יתחייבו במידה וקבלו שכר (אף תוס [ב"ק צט: ד"ה 'ותניא' הקשו ותירצו כדברי הרא"ש אך הם לא כתבו במפורש שאף בקיאים גמורים חייבים כשקיבלו שכר)
**אמנם הרשב"א** (ב"ק צט: ד"ה 'אמר רב פפא') **חלק עליהם** וסבר שאין לחייב את האומן הבקי גם כשקיבל שכר, משום שלא מצוי שיטעה ונחשב כאנוס ושומר פטור מאונסים, ואין זה דומה לשחיטה שבה גם אומן בקי יכול לקלקל לפעמים.
**הב"י כתב** שכיוון שהרמב"ם והרא"ש מסכימים לדבר אחד הלכה כמותם ובפרט שהמגיד משנה כתב שזו סברת הרבה מהמפרשים.
**וכן פסק השו"ע** שיש לחייב אף את השולחני מומחה במידה וקיבל שכר.
**אך המהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק ט, כד) **פסק** שהעיקר כדעת הרשב"א, וכתב שנראה שאף תוספות יכולים להודות לשיטתו שהרי בניגוד לרא"ש הם לא כתבו שדנקו ואיסור חייבים במידה וקיבלו שכר (יש לחזק דבריו שאף הרשב"א (ד"ה 'והתניא') עצמו תירץ כתירוצם של תוס').
**עיקר טענת המהרש"ל היא** שכן מוכח מהגמרא מכך שתירצה שיש חילוק בין מציאות שקיבל שכר למציאות שלא קיבל.
**הש"ך (יא) דחה את הכרעת המהרש"ל** וכתב שאין קושיא לכך שהגמ' לא תירצה, משום שהגמ' הניחה שמדובר באומן סתם, ובזה אין סברא לחלק בין מציאות שקיבל למציאות שלא קיבל וכפי שפירשו תוס' שבלאו הכי היה צריך לדקדק[201]
**הנתיבות (יא) כתב** שבמידה והוא קיבל שכר יש לחייבו גם כשלא אמר: 'ראה- עליך אני סומך'.

## האם שמאים שטעו חייבים לשלם?

**כתב הנתיבות (יב)** שנראה ששמאים שטעו בשומתן וע"י כך נאלץ המלווה לקבל את שומתם והתברר שטעו- אינם חייבים לשלם, וכפי שנפסק בשו"ע בסימן כה (סעיף א) שדיין שטענה בדבר משנה אינו חייב לשלם.

## האם שולחני חייב כשאר טעה בצורה של המטבע?

**הקצות (יא) הביא את דברי המרדכי** (ב"ק סימן קטז) **שכתב** ש'המראה דינר לשולחני- אינו חייב אלא כשהוא נחסר מחמת רעתו והוא אומר שהוא טוב, אבל אם נמחק צורתו והוא אומר שהוא טוב פטור'.
**המרדכי נימק זאת מהמבואר בב"ק צח:** שאפילו השף בידים מטבע חבירו ומחק צורתה- פטור וזאת אפילו לר"מ שמחייב ב'דינא דגרמי', והטעם הוא משום שלא חסרו אלא גרם לו שיתן שכר לתקן צורתו, אבל אם הראה לו מטבע שנפסל ואומר טוב הוא אין לך חסרון גדול מזה, משום שלא ניתן לתקנו (עיין לקמן בסימן שפו שם התבאר שלדעת הרמב"ם והשו"ע חייב כששף מטבע, ולדעת תוס' רא"ש ורמ"א פטור).
**וכתב הקצות** שנראה מהשמטת הפוסקים שלא קיבלו את דינו של המרדכי, ויש לחייב גם כשפחת צורתו, וכתב שכן מבואר מהג' שביארה כיצד מומחה גדול יכול למחול, והעמידה במציאות שנפסל המטבע והעמידו צורה אחרת ועדיין לא היו בקיאין בה, ומשמע שלמרות שטעו רק בצורה ולא במשקל יש לחייב (למעט מומחה גדול)
וכתב הקצות:
> ובעיקר דברי המרדכי שהביא ראיה משף מטבע לא הבנתי, דהתם גבי שף מטבע של חבירו כיון שאינו עושה ההיזק בגוף המטבע אלא במחיקת הצורה ויכול עדיין להוסיף עליו צורה, אף על גב דצריך הוצאה לכך הו"ל כמו ריפוי דפטור בנזקי ממונו ולא מתחייב ריפוי אלא באדם וכמ"ש בסימן שפ"ו סק"י בשם המרדכי ע"ש, אבל אם נתחייב לו עבור איזה חוב או נזק ורוצה לסלקו במטבע שנמחק צורתו ודאי אינו יכול לסלקו אלא במטבע היוצא, וא"כ ה"ה בזה שלא נעשה ההיזק בזה המטבע שלוקח על פי זה שאומר לו ללוקחו, אלא ההיזק היה שהיה נושה בחבירו מטבע טובה ופטרו על פי זה שאומר לו ליקח מטבע זה ופטר את חבירו מחובו או שחבירו הלך למדינת הים, וא"כ נעשה לו היזק במטבע שהיה לו אצל חבירו, מעתה נתחייב לו זה שייעצו ליקח מטבע זה לשלם המטבע שהיה לו אצל חבירו, וכיון דכבר נתחייב לו אינו יכול לפטור עצמו במטבע שנמחק צורתו וצ"ע:
**וכתב הנתיבות (י)** שיפה תמה הקצות, ומכול הפוסקים משמע שלא קיבלו את דברי המרדכי הללו.
לשון השו"ע:

**המראה דינר לשולחני, ואמר לו- יפה הוא, ונמצא רע:**
**אם בשכר ראהו, חייב לשלם אף על פי שהוא בקי ואינו צריך להתלמד.**

---

[201] ותירוצו קשה בעיני מב' צדדים:
**האחד-** אם הגמרא הניחה שיש לחייבו אז הקושיא אינה מכוח סתירת הברייתות אלא מכוח סברא בלבד, ואם הגמרא הייתה מוכנה לקבל סברא שיש לפוטרו, מדוע שלא תחלק בין שכר לחינם.
**השני-** אם לגמ' כה פשוט שבאומן רגיל יש לחייבו, אדרבה ההנחה היא שלכל הפחות הברייתא שפטרה עסקה באומן בקי, ואם הקשתה הגמ' בין הברייתות כנראה סברה שאף הברייתא השניה עסקה בזה, וא"כ היה לה לברייתא לחלק באומן בקי בין מציאות שקיבל שכר למציאות שלא קיבל, וצ"ע

**סימן שו-** האומנים שומרי שכר, ואם קלקלו, וטבח שנבל

**ואם בחנם ראהו, פטור.**
**והוא שיהיה בקי שאינו צריך להתלמד.**
**ואם אינו בקי, חייב לשלם אף על פי שהוא בחנם.**
**והוא שיאמר לשולחני: עליך אני סומך, או שהיו הדברים מראים שהוא סומך על ראייתו ולא יראה לאחרים.**
(ויש אומרים דאפילו סתמא נמי חייב (טור בשם רבינו יצחק והרא"ש). ומכל מקום הסברא הראשונה נראה עיקר):

## סעיף ז

**על מי מוטלת חובת הראיה להוכיח שהטבח/שולחני מומחה או שאינו מומחה?**
לשון הגמרא בב"ק צט:
עובדא הוה קמיה דרבי יוחנן בכנישתא דמעון, ואמר ליה: זיל אייתי ראיה דממחית לתרנגולים ואפטרך!
**מכאן למד הרמב"ם** (שכירות י, ה) שעל השוחט או השולחני מוטלת הראיה להביא הוכחה שהוא מומחה בכדי להפטר, **וכן פסק השו"ע.**
לשון השו"ע:
**טבח שעושה בחנם וניבל, וכן שולחני שאמר: יפה, ונמצא רע, וכן כל כיוצא בזה, עליהם להביא ראיה שהם מומחים, ואם לא הביאו ראיה, משלמין:**

[מסיכומו של ר' עקיבא גרין:
**השו"ע** ביו"ד סימן א סעיף א כתב –
*וכל אדם, אפילו אין מכירין אותו שמוחזק לשחוט שלא יתעלף, וגם אין יודעין בו שהוא מומחה ויודע הלכות שחיטה, מותר ליתן לו לכתחלה לשחוט, ומותר לאכול משחיטתו, שרוב הרגילין לשחוט הם בחזקת מומחין ומוחזקין.*
**הש"ך** ס"ק ד העיר על דברי השו"ע ממה שמבואר אצלינו בגמרא –
*עיין בח"מ סי' ש"ו ס"ז גבי טבח אומן שקלקל דצריך להביא ראיה שהוא מומחה ולא אמרינן בכה"ג רוב מצויין אצל שחיטה מומחים הן:*
כלומר, אם רוב הרגילים לשחוט הם מומחים מדוע הטבח צריך להביא ראיה שהוא מומחה? **הפמ"ג** כתב שלענין ממון אין הולכים בממון אחר הרוב. וקשה על דבריו שכן אין הולכים בממון אחר הרוב כדי להוציא ממוחזק אבל כאן האומן הוא המוחזק ולכן מדוע שלא נלך בזה אחר הרוב? **באגרות משה** יו"ד חלק א סימן ד כתב לחלק שביו"ד הגדרת מומחה לענין זה שנותנים לו לשחוט אינו ששוחט ברמה כזאת שנדיר שמקלקל, אלא הכוונה שיודע את הלכות שחיטה ויודע איך לאמן את ידיו כדי לשחוט ואם מקלקל יודע לומר ואף יאמר שקלקל, ולכן אם לרוב אינו מקלקל נותנים לו לכתחילה לשחוט, אבל מאחר שאינו נדיר שמקלקל אינו נחשב אונס לגבי קלקול. מה שאין כן בסוגיא בב"ק שם מדובר על מומחה כזה שנדיר שמקלקל ועל זה אין אומרים רוב מצויים אצל שחיטה מומחים הם.]

## סעיף ח

**על מה מסלקים בעלי אומנות ממלאכתם?**
לשון הגמרא בב"ק קט.-:
רוניא שתלא דרבינא הוה, אפסיד, סלקיה.
**אתא לקמיה דרבא,** אמר ליה: חזי מר מאי קא עביד ליי!
**אמר ליה:** שפיר עביד.
**אמר ליה:** הא לא התרה ביי!
**אמר ליה:** לא צריכא להתרות.
**רבא לטעמיה, דאמר רבא:** מקרי דרדקי, שתלא, טבחא, ואומנא, וספר מתא - כולן כמותרין ועומדין דמי. כללא דמילתא: כל פסידא דלא הדר - כמותרין ועומדין דמי.
**מבואר בגמרא** שאם אומנים מקלקלים במלאכתם ניתן לסלקם מעבודתם משום שהם מוגדרים כמותרים ועומדים.

**הרמב"ם** (שכירות י, ז) כתב דינים אלו דווקא ביחס לעובדים ציבורים.
**והשיג עליו הראב"ד** שהוא הדין לגבי שתל פרטי וכיו"ב
**הטור כתב כדעת הראב"ד** וכתב שכן מוכח מהסיפור בגמ' העוסק בשתל פרטי.
**אמנם המגיד משנה השיב לטענה זו** שלדעת הרמב"ם רוניא היה שתל של רבים ובינהם רבינא.
**השו"ע** העתיק את לשון הרמב"ם.
**והרמ"א** הביא בלשון י"א' את דעת הראב"ד והטור.
המגיד משנה הביא שהרשב"א והראב"ד כתבו שמכול מקום אין לפטר אומן קודם שיוחזק בקלקול.
**ובנמוק"י מבואר בשם הראב"ד** שצריך לזה ג' פעמים.
**הרמ"א הביא את דבריהם** בלשון 'יש אומרים'.
[וכתב ר' דניאל ווסטברוק: אבל לכאורה מוכח מסתימת דברי הרמב"ם ושאר פוסקים שלא סוברים כן. וכן הוא הפשטות בסוגיא].

## טעות בספר תורה

**הרמ"א פסק ע"פ תשובת רשב"א** שאם נמצא טעות בספר תורה, וצריך לשכור מי שיתקן אותה, אם הן טעויות שדרך הסופרים לטעות בהן הסופר הראשון אינו חייב כלום. אבל אם טעה כ"כ שאין דרך הסופרים לטעות, חייב. אך כתב שמכול מקום דברים הללו תלויים במנהג המקום, שאם נהגו שהסופר מתקן גם הוא צריך לתקן. ובסתם המקומות שאין על הסופר להגיה, אם עמד והגיה מעצמו חייבים הבעלים לשלם לו.

לשון השו"ע:
**הנוטע אילנות לבני המדינה, שהפסיד,** (ויש אומרים דהוא הדין ליחיד) (טור)**, וכן טבח של בני העיר שנבל הבהמות, והמקיז דם שחבל, והסופר שטעה בשטרות, ומלמד תינוקות שפשע בתנוקות ולא למד** (אפילו רק יום או יומים) (מרדכי שם), **או למד בטעות, וכל כיוצא כאלו, והאומנים שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו, מסלקין אותם בלא התראה, שהם כמותרים ועומדים, עד שישתדלו במלאכתם, הואיל והעמידו אותם הצבור עליהם.**
הגה: וי"א דאף על פי שאין צריכין התראה, מכל מקום בעינן חזקה, דעד שיהיו מוחזקין או שיתרו בהן לא מסלקינן להו (המגיד פ"י דשכירות ונ"י פרק המקבל). הנותן מעות לחבירו לכתוב לו ס"ת ונמצא בו טעות, וצריך לשכור אחר שיגיה אותו, אם הם טעיות שדרך סופרים לטעות, אין הסופר חייב כלום. אבל אם טעה כל כך שאין דרך לטעות, חייב. ומכל מקום אזלינן בתר המנהג, אם מנהג המקום שכותבי ספרים מגיהים אף זה, צריך להגיה. ובסתם המקומות שאין על הסופר להגיה, אם עמד והגיה מעצמו, חייבים הבעלים לשלם לו (תשובת רשב"א סימן אלף נ"ו).

**סימן שו-** האומנים שומרי שכר, ואם קלקלו, וטבח שנבל

# סימן שפו

## חילוק שבין גרמא בנזקין לדינא דגרמי, והזורק כלי מראש הגג, ובו ד' סעיפים:

### הקדמה- סוגי הנזקים העקיפים

**בסימן זה נעסוק** בנזקים עקיפין אשר גורם אדם לחבירו, והאם, ומתי הוא מחוייב לשלם במידה וגרם נזק כזה.

**ערוך השולחן בפתיחתו לסימן זה**, מגדיר את תחום העיסוק של סימנינו ואת הנושאים הקרובים אליו, וזהו תוכן דבריו:

'יש מיני נזקין שאינם מזיקין ממש אלא גורמין להזיק ממון אחרים וחמשה מינים יש בזה:

1. גרמא בנזקין.
2. וגרמי.
3. והיזק שאינו ניכר.
4. ודבר הגורם לממון
5. ומזיק שיעבודו של חבירו.

(ערוך השולחן מציג גם את המסקנה ההלכתית ביחס לכל אחד ממיני הנזיקים, אך היות ומסקנותיו אינם תואמות לכל הדיעות, לא הבאתיו כן).

**עיקר העיסוק בסימן זה יהיה להבין את היחס בין המושג 'גרמא' למושג 'גרמי'**, ולברר האם באמת הם שני מושגים, או שמא הם מושג אחד, ואם שני מושגים הם, ננסה לבאר מהו ההבדל בינהם.

אמנם בכדי לבודד מושגים אלו, נביא בקצרה את דברי ערוך השולחן בביאור 2 המושגים הנוספים: (היזק שאינו ניכר, דבר הגורם לממון. את המזיק שעבוד חבירו לא נביא כאן משום שהוא נספח ישיר לדיון של סימננו ונתייחס אליו לקמן) **וזה לשונו**:

***היזק שאינו ניכר כיצד?***

*המטמא טהרות והמדמע תרומה בחולין ומערב יין נסך ביין כשר שנתבאר בסי' שפ"ה.*
*והכניס פרה אדומה לדיר שתדוש התבואה ונפסלה במלאכה כדכתיב [במדבר יט, ב] אשר לא עלה עליה עול.*
*והעושה מלאכה במי חטאת.*
*וכהנים שפגלו בקרבנם שחשבו בעבודה על מנת לאכול הקרבן אחר זמן אכילתו.*
*וגזל מטבע ונפסל.*
*או תרומה ונטמאת.*
*או חמץ ועבר עליו הפסח שנתבאר בסי' שס"ג.*
***ומדין תורה** היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק.*
***אלא דמדרבנן** קנסו כשעשה במזיד.*
*ולמה לא קנסו בגזילה משום דעיקר טעמא דקנסא שלא יהא כל אחד רגיל להפסיד ממון חבירו בענין זה כמ"ש שם וגזילות לא שכיחא [גיטין פ"ח ב] ולכן אומר לו הרי שלך לפניך כמ"ש שם.*
*אבל בפיגול קנסו במזיד וכן העושה מלאכה במי חטאת ובפרת חטאת כמ"ש הרמב"ם בפ"ז מחובל [נ"ל]:*

***דבר הגורם לממון כיצד?***

*ראובן שהקדיש קרבן שחייב באחריותו כשיאבד או יגנב וגנבו שמעון מבית ראובן א"צ לשלם כפל שנאמר וגונב מבית האיש ולא מהקדש ואף על פי שבגניבה זו גורם לראובן שישלם מעות אחרים מ"מ פטור דגורם לממון לאו כממון דמי כמ"ש הרמב"ם בפ"ב מגנבה.*
*וכן מי שגזל חמץ ועבר עליו הפסח דיכול הגזלן לומר לו הרי שלך לפניך אם בא אחד וגנבו מהגזלן א"צ לשלם לו כלום כיון שאסור בהנאה ואף על פי שגורם לו לשלם ממון אחר כשזה החמץ אינו בעין כמ"ש בסי' שס"ג מ"מ גורם לממון לאו כממון דמי.*

**א"כ, נוכל לסכם כי ישנם סוגי נזקים שונים, אשר אינם היזק ישיר ובר היכר של חפץ מסויים**, והלכות שונות לכל אחד מסוגים אלו:

**היזק שאינו ניכר-** חייבים עליו מדרבנן, אך לא בגזילה.

**דבר הגורם לממון**- כלומר, שהמעשה שעשה לא הזיקו, אלא שיש למעשהו השלכה הגורמת לחבירו להוציא מכוחה ממון, במצב זה הוא אינו חייב כלל.

את הסוג הראשון -היזק שאינו ניכר, ניתן לנתק בקלות מסוגיות ההיזקים העקיפין. זאת משוסשנקודת ההבדל חדה: האם רואים את ההיזק, או שאין רואים אותו, ואיננו דנים ביחס בין ישירות המעשה לתוצאה[202].

[202] אמנם ישנן נקודות השקה המצריכות בירור, כגון מדוע המוחל על שטר חוב מחוייב מדינא דגרמי, ואינו נחשב כהיזק שאינו ניכר, ונציין בזה לדברי הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי שביאר: 'מוחל חוב ושורף וכל דדמי להו, היזק ניכר [הוא] דהא לא מהדר ליה ולא מידי, אבל מי שיכול לומר הרי שלך לפניך אינו ניכר ואין שמו היזק ופטור לכ"ע'.

אמנם ביחס לסוג השני-דבר הגורם לממון, קשה לומר כן, מפני שגם סוג זה קשור ליחס בין מעשה האדם בפועל, לבין תוצאת הנזק שנוצר ממנו. על כן בהמשך, נתיחס גם ליחס בין דבר הגורם לממון, ל'גרמא' ו'גרמי'.

## 'גרמא' ו'גרמי'

המושג 'גרמא' ביחס לנזיקין הוזכר במפורש ב3 מקומות בודדים בלבד, ומסקנת הגמרא ב3 מקומות אלו הוא שאין חיוב על היזק הנעשה בגרמא, ואלו המקורות:

- **בגמרא בב"ב בדף כב:** הוזכר המושג 'גרמא' ביחס לאדם שהציב סולם סמוך לשובך חבירו, ועל ידי כך גורם שתקפוץ הנמיה מסולמו לשובך חבירו(באותה שעה ממש בה הניח, כך מגדירה הגמ' שם בכדי שתחשב פעולה זו כ'גירי דיליה' שבזה אף ר' יוסי מחייב הרחקה בדיני שכנים).
  הגמראשואלת מדוע המשנה מחייבת את האדם להרחיק את סולמו משובך חבירו, והרי היזק זה הינו היזק 'גרמא' בלבד.
  הגמרא משיבה על כך, ש'גרמא בנזיקין אסור', כלומר אע"פ שאין לחייב על היזק 'גרמא', מכול מקום יש איסור להזיק באופן של 'גרמא'.
- **הגמרא בב"ק מח:** עוסקת בשור שנפל לבור והבאיש מימיו. ולמסקנה קובע שם רבא שרק במידה והשור הבאיש מגופואת המים(שהיה מלוכלך בטיט- רש"י), חייב בעל השור על ההיזק שנעשה למים. אך במידה והבאשת המים נעשית רק מכוח ריחו (סרחון הנבילה) בלבד, פטור בעל השור, משום שנזק ההבאשה נעשה בגרמא(רש"י- נבילה גרמא הוא שגורמת לסרחון שיבא), ו-'גרמא בעלמא פטור'.
- **בגמרא בב"ק ס.** קובעת הברייתא שאם אדם ליבה את האש ויחד עם זה ליבתה אותו הרוח, וע"י זה הזיקה האש, חייב המלבה רק במידה וליבויו לבדו היה מספיק בכדי ללבות את האש.
  הגמרא שואלת מדוע שלא נחייבו אף במידה והוא נעזר בליבויה של הרוח, כשם שבהלכות שבת אנו מחייבים את הזורה ורוח מסייעתו.
  ומתרץ שם רב אשי (בנוסף לתירוצים של אמוראים אחרים) שרק במלאכת במחשבת יש לחייב על זורה ורוח מסייעתו, משום שהתורה אסרה מלאכת מחשבת, אבל לעניין נזיקין, ישנו כלל-'גרמא בנזקין פטור'.

**משלושת המקורות הנ"ל עולה מסקנה אחת**: אין מחייבים את האדם על נזק שעשה בגרמא.

**כנגד גמרות אלו** ניצבות גמרות אחרות העוסקות לכאורה במושג דומה: 'גרמי', ושם מסקנות הגמרא נראות שונות(נביא ג' מקורות מרכזיים, על אף שישנם עוד מקורות):

- **הגמרא בב"ק בדף ק.** דנה האם אדם שאומר לחבירו שדינר זה טוב, ואומר לו חבירו שעליו הוא סומך, חייב לשלם לו במידה ונמצא שהדינר מזוייף.
  ושם עולה מדברי ר"ל שאכן מתחייב על כך.
  ושואל אותו ר"א והלא אתה הוא זה שאמרת שר' מאיר הוא זה שדן 'דינא דגרמי', ולשיטתו אכן יש לחייב, אך משמע מלשונך שחכמים אינם מודים לו בזה.
  והשיב לו ר"ל שכוונתו באמירה זו היא, שזו דעת ר"מ וכך אנו סוברים להלכה.
  הגמרא מנסה להתחקות אחר המקור לכך שר"מ סובר שיש לחייב ב'דינא דגרמי'[203]:
  ולבסוף מסיקה הגמרא שהמקור הוא מהמשנה הקובעת שבעל מחיצת הכרם שלא גדרה אע"פ שהתרו בו, חייב במידה והמחיצה אסרה את תבואת חבירו בכלאים.
  ומוכח מכאן שאף שלא נעשה שום מעשה בידיים, חייב משום 'גרמי'.
- **הגמרא בכתובות** (פו.) **מביאה את דברי שמואל** הקובע שהמוכר שטר חוב וחזר ומחלו-מחול.
  ואמר אמימר, שמי שדן 'דינא דגרמי', מחייב את המוחל על כל הסכום שכתוב בשטר, משום שכרגע הפקיע מן הקונה את היכולת לגבות סכום זה. ומי שלא דן 'דינא דגרמי',

---

[203] בתחילה הגמרא מביאה את דברי המשנה שדיין שזיכה את החייב או חייב את הזכאי - מה שעשה עשוי וישלם מביתו, ומשמע שמחוייב לשלם הואיל והזיקו ב'גרמי'.
הגמרא דוחה את המקור הזה משום שרבי אילעא בשם רב הגביל את דברי המשנה וביאר שחיובו של הדיין תקף רק במידה ועשה מעשה בפועל והעביר את הכסף מן הנתבע לתובע, וא"כ אין ראיה לכך שר"מ מחייב ב'גרמי'.
הגמרא מביאה מקור אחר לכך שר"מ מחייב ב'גרמי' והוא מהמשנה הקובעת שאם נתן אדם לאומן לצבוע לו אדום וצבעו שחור או לחילופין לצבוע לו שחור וצבעו אדום, צריך לשלם לו דמי צמרו.
הגמרא דוחה גם מקור זה שהרי במקרה זה הוא הזיקו ע"י מעשה בידיים.
על כן מביאה הגמרא מקור אחר, והוא מדברי המשנה הקובעת שאדם שסיכך גפנו על גבי תבואתו של חבירו ואסרו באיסור כלאיים חייב.
הגמרא דוחה אף מקור זה מאותה סיבה שדחתה את קודמיו, שהרי כאן עשה מעשה ביידים.

אינו מחייב אלא על הנייר בלבד, (ומבאר רש"י שבפועל לא נותן לו כלום, מפני שאומר לו, לא מכרתי לך אלא נייר והרי שלך לפניך).

- **הגמרא בב"ק צח: מביאה את דברי רבה** הקובע שאדם ששרף שטרותיו של חבירו פטור, משום שהוא יכול לומר שהוא שרף לו סה"כ נייר, ולא את השעבוד שבתוכו.

הגמרא רצתה בתחילה לתלות את דינו של רבה במחלוקת חכמים ור' שמעון, אם ניתן לחייב את האדם על דבר הגורם לממון.

הגמרא דוחה ואומרת שאין תלות בין המחלוקת, משום שגם ר' שמעון הסובר שיש לחייב בדבר הגורם לממון, לא בהכרח יסבור שיש לחייב בדבר שאין עיקרו ממון, (כלומר, לא חייב ר' שמעון אלא כשהוריד מערכו של דבר שבתחילתו היה שווה משהו כגון חמץ לאחר הפסח, אבל לשטרות מעולם לא היה ערך בפני עצמם- רש"י).

לבסוף קובעת הגמרא שמי שדן דינא דגרמי, יחייב אף במקרה של שורף שטרות חבירו[204].

**ממקורות אלו עולה,**כי ישנה מחלוקת האם יש לחייב ב'דינא דגרמי'.
**ומהגמרא בב"ק** (ק.)**עולה לכאורה** כי ההכרעה היא שיש לחייב ב'דינא דגרמי' וכפי שהסיק ר"ל.
**ואכן רוב ככל הראשונים** חייבו על 'דינא דגרמי'.

**לאור זאת נדרשו הראשונים לברר את היחס בין 'דינא דגרמי', אשר לגביו נפסק שיש לחייב, לבין 'גרמא בנזיקין' שלגביו עולה בפשטות הסוגיות שאין לחייב, והוצעו בזה ד' אפשרויות:**

א. **הראב"ן**(ב"ק סימן כב)**כתב**: 'וכן בכ"מ שתמצא בתלמוד גרמא בנזקין פטור אליבא דמאן דלא דאין דינא דגרמי הוא וכולהו בטלי'.
**כלומר לשיטתו**:אין כלל הבדל בין 'גרמא' ל'גרמי', ולהלכה יש לחייב אף על המקרים המוזכרים בגמרא כ'גרמא',
**כשיטה זו נראה שסבר הרמב"ם**, משום שבהלכות חובל (פרק ז הלכה א)כתב בפשטות: "כל הגורם להזיק ממון חבירו חייב לשלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר המזיקין" ולא ציין לחלוקה בין סוגי הגרמות השונים, כמו כן הרמב"ם חייב את המלבה ורוח מסייעתו ונימק זאת משום ש'הוא גרם, וכל הגורם להזיק משלם נזק שלם מן היפה שבנכסיו כשאר כל המזיקין(נזקי ממון יז, ד).
[וכן כתבו הסמ"ע והש"ך בדעת הרמב"ם.
אמנם הקצות (ב) סבר שאף הרמב"ם מחלק בין גמרא לגרמי, ונימק זאת בכך שיש מקרים רבים של הזקים עקיפין אף הרמב"ם פוטר (שולח את הבעירה ביד חש"ו, פורץ גדר בפני בהמת חבירו, כופף קמתו בפני הדליקה, המבעית חבירו, הנותן סם המות לפני בהמת חבירו, שיסה בו הכלב) והוא הבין שזאת משום שהם נחשבים כגמרא].
**וכתב הרמב"ן** (בקונטרסו 'לדינא דגרמי')**שזו דעת רש"י** וזה לשונו:'ודינא דגרמי וגרמא בנזקין חדא מילתא היא לדעת רש"י ז"ל ותמצא זה רמוז בפירושיו בכמה מקומות דוק ותשכח (עיין ברש"י ב"ב כב: ד"ה גרמא ובדברי הרמב"ן שם ד"ה 'זאת אומרת').

ב. **הרא"ש**(ב"ק ט,יג וב"ב ב,יז) **סבר** שיש לחלק בין 'גרמא' 'לגרמי', ולהלכה יש לפסוק ש'גרמא בנזיקין פטור' כמסקנת הגמרות, וכן יש לחייב ב'דינא דגרמי', כפי שעולה גם כן מהגמרות.
**בחילוקו הראשון בין 'גרמא לגרמי' כותב הרא"ש** ש'גרמי' זהו כשהוא בעצמו עושה היזק לממון חבירו, וגם יש ודאיות שיהיה נזק ('ברי היזקא'),וזאת בניגוד לגרמא.
**כחילוק זה נקט הרמב"ן** (בקונטרסו דינא דגרמי) וחידד את ההגדרה קצת יותר וכך כתב: 'וכל דבר שאינו תלוי בדעת אחרים אלא על כרחנו יבא הנזק מחמת גרמתו של זה, ברי היזיקא חשבינן ליה'.

ג. **הרא"ש בחילוקו השני כותב שהחילוק בין 'גרמא' ל'גרמי' הוא:** כל שבשעת המעשה נעשה הנזק, הרי זה 'גרמי' וחייב, וכל שההיזק נעשה לאחר הזמן, הרי זה 'גרמא' ופטור.

ד. **במרדכי** (ב"ק קיט)**מציג גישה מעניינת:** מחד, אין הוא מתנתק מהעולה מן הש"ס ש'גרמא בנזיקין פטור', וכן שיש לחייב על דינא דגרמי'. אך מאידך הוא אינו מוכן לקבל שישנו חילוק מהותי בין 2 המושגים אלו.(זה לשונו: 'ולי לא נתיישב לי ולא יכולתי לעמוד על החילוקים וגם ר"י גמגם ברוב החילוקים).
**על כן כתב המרדכי בשם ריב"א** שאין חילוק מהותי בין 'גרמא לגרמי' ובאמת מן הדין היה לפטור בכל 'גרמא'. אלא שקנסו חכמים את המזיק ב'גרמא' בדבר שהוא שכיח.
**כדברים הללו כתבו תוספות**(ב"ב כב: ד"ה 'זאת אומרת') **בשם הריצב"א**, ושם דימה זאת לכך שחייבו חכמים בהיזק שאינו ניכר 'שלא יהא כל אחד הולך ומזיק לחבירו'.

---

[204] בגמרא זו מופיעים מקרים נוספים, קודם הדיון לגבי שטר העוסק בהזקים עקיפים ופוטרת בכולם, ולאחר מכן דנה בעניין שורף שטר חוב, ומסיקה שהמחייב בדינא דגרמי יחייב אף במקרה זה, ולקמן נראה את הדיון האם מסקנת הגמרא תקיפה אף לגבי המקרים הקודמים.

## האם החיוב על 'גרמי' הינו מן הדין או מכוח קנס- הוכחות

בפיסקא הקודמת הצגנו מספר שיטות המבארות את היחס בין 'גרמא' ל'גרמי', ונראה כי ג' השיטות הראשונות מנסות לתת הבדל מהותי בינהם (או לבאר שאין הבדל ולעולם יש לחייב), בעוד המרדכי והריצב"א סוברים כי אין הבדל מהותי, ובאמת היה מן הדין לפטור אף בחיוב של 'גרמי', אלא שחכמים קנסו לחייב במקרים מסויימים.
הרמב"ן מאריך לדחות את האפשרות כי החיוב ב'גרמי' אינו מן הדין.
לעומתו הש"ך מאריך להוכיח כי החיוב ב'גרמי' אינו מן הדין, ודוחה את דברי הרמב"ן אחות לאחת. ראשית נציג את ראיות הרמב"ן לכך שהחיוב מן הדין ודחיות הש"ך לדבריו, ולאחר מכן נציג ראיות הש"ך לכך שהחיוב הינו מכוח קנס.

**ראיות הרמב"ן:**

א. **ראיית הרמב"ן:** אם דינא דגרמי היה קנס, היה לנו לפטור את בני המזיק מלשלם, מפני שבנים אינם חייבים בקנס.
**דחיית הש"ך:** באמת אין לחייב את הבנים.

ב. **ראיית הרמב"ן:** מהלשון 'דינא דגרמי' עולה שזהו קנס ולא דין.
**דחיית הש"ך:** אדרבה מכך שכתוב תמיד 'ר' מאיר דאין דינא דגרמי' ולא כתוב שהוא סובר שהגורם להיזק חייב, משמע שאין זה דין, אלא קנס שר"מ היה דן לחייבו.

ג. **ראיית הרמב"ן:** הגמרא בב"ק קטז: מספרת על רב נחמן שחייב את המוסר[205] לשלם, ושאלו רב הונא בר חייא, האם חייב כן מן הדין או מכוח קנס, והשיב לו שזהו דין המבואר במשנה הגוזל שדה מחבירו ... אם מחמת הגזלן - חייב להעמיד לו שדה אחר, וביארו בגמרא שמדובר במקרה שמסר. (וביאר הרמב"ן שזאת משום שהמשנה קראו גזלן, וכתב הרמב"ן שאין לפרש כרש"י שהשאלה היא האם רב נחמן חייב באופן נקודתי משום שהוא היה רגיל בגזילה, או שזהו דין לכל מסור (ויתכן שזהו דין מכוח קנס) משום שהגמרא ממשיכה ושואלת מה הנ"מ בשאלה אם זהו קנס, או לא, ומשיבה שמקנס לא ניתן ללמוד למקרים אחרם והגמ' דנה האם באמת לא ניתן ללמוד מקנס, ואם נבאר שקנס הינו דין נקודתי ודאי שאין ללמוד ממנו). מכאן ראיה שחיובו של הגורם היזק הינו מן הדין ולא מכוח קנס
**דחיית הש"ך:** הרמב"ן בעצמו כתב שיתכן לומר שאין ראיה מהמשנה, אלא 'עובדא דמתניתין הכי הוא'. הש"ך כותב שמוכרח לומר כן מההמשך ששואל אותו רב יוסף מה הנ"מ אם זה דיקאו קנס, ולא אומר מה הנ"מ בכך שזהו דין, ומשמע שעוד לא הוכרע הספק.

**ראיות הש"ך:**

**א.** **ראיית הש"ך:** בירושלמי (ב"ק ו, ו) נאמר: 'מקרע שטרות חבירו חוץ מדעתו רבי חנניה ורבי מנא חד אמר חייב וחד אמר פטור. מאן דאמר חייב משום קנס ומאן דאמר פטור כסותם פי עידי חבירו'. ומשמע שכל הסיבה לחייב הינה מכוח הקנס, (ראיה זו הובאה במרדכי).
**דחיית הרמב"ן:** יתכן שהירושלמי לא חייבו כלל מדינא דגרמי וחייבו שם בקנס באופן נקודתי. עוד יתכן שכוונתם שהחיוב מן הדין, והירושלמי נקט בלשון קלילה.
**דחיית הש"ך:** לא ניתן לומר שהירושלמי אינו מחייב ב'דינא דגרמי' שהרי בכלאים(ז,ג) ריש לקיש אומר שרבי מאיר קונס את המסכך גפנו על תבואתו של חברו, ובבבלי מבאר ר"ל שר"מ מחייב מכוח דינא דגרמי. (הש"ך לא התייחס לדחיה השניה של הרמב"ן שהירושלמי נקט בלשון קלילא, ובפשטות משום שזהו דוחק גדול).

ב. **ראיית הש"ך:** בגמרא בב"ק דף סב. הסתפקה הגמרא האם עשו תקנת נגזל במוסר למי שדן 'דינא דגרמי', כשם שעשו באש, או שלא עשו(כלומר, אם תקנו שישבע המסור כמה ניזוק מכוח המוסר ויטול).
וכתב הש"ך שניתן להבין את האפשרות לחלק בין אש למוסר, רק במידה והחיוב במוסר אינו מן הדין אלא מכוח קנס. (ראיה זו הובא בתוספות בב"ק נד. ד"ה 'חמור').
**דחיית הקצות:**
**הקצות (א) דחה ראייה זו** וכתב שכבר תירצו הראשונים שאף אם הוא מדאורייתא, יש מקום להקל ב'גרמי', הואיל וזהו מעשה שנעשה בדיבור בלבד (אמנם בסימן קצח ס"ק ו כתב הקצות על תירוץ זה: 'אכתי אינו מתברר, דמה בכך שהוא דיבורא כיון דעושה היזק בדיבור כמעשה'.)
**עוד כתב הקצות** שלפי דבריו בסימן שפח ס"ק ו מתבאר תירוץ אחר, והוא שלא נסתפקה הגמרא שם אלא כשהמוסר טוען בברי שלא הזיק את הנמסר אלא עד סכום מסויים, האם גם בזה תקנו שיוכל הנמסר להשבע שניזוק יותר וליטול, והשאלה היא האם יש להחמיר בו יותר ממזיק רגיל, שבו איננו עושים תקנת נגזל, כשהמזיק טוען בוודאות שלא הזיקו ביותר (ובסימן שפח כתב הקצות שביאור זה נצרך אף לסוברים שדינא דגרמי הינו מדרבנן משום שעדיין היה צריך להיות שלאחר שתקנו, יהיה דינו שווה לכל מזיק, ועל כרחך שלא נסתפקו אלא כשהמזיק טוען ברי ולחומרא).

[205] בגמרא בב"ק סב. מבואר שהחיוב ב'מוסר' הוא מ'דינא דגרמי'.

ג. **ראיית הש"ך:** בגמרא בב"ק קיז. מבואר שיש לפטור את המוסר את חבירו מכוח אונס שאנסוהו עובדי כוכבים, ולכאורה אם המזיק ב'גרמי' היה נחשב כמזיק ממש, לא היה לנו לפוטרו באונס, שהרי מזיק חייב אף באונס.
**דחיית הרמב"ן:** ניתן לתרץ שחכמים הקלו במוסר יותר ממזיק רגיל, הואיל ולא הזיקו אלא בדיבור בלבד.
**דחיית הש"ך:** 'מ"מ דוחק הוא דלמה עקרו רבנן דין תורה'[206].

ד. **ראיית הש"ך:** הגמרא בב"ק צח: מביאה את דברי רבה הקובע שאדם ששרף שטרותיו של חבירו פטור, משום שהוא יכול לומר שהוא שרף לו סה"כ נייר ולא את השעבוד שבתוכו. הגמרא תלתה בתחילה את דינו של רבהבמחלוקת חכמים ור' שמעון: אם ניתן לחייב את האדם על דבר הגורם לממון. הגמרא דחתה את התלות בין המקרים וביארה שגם ר' שמעון הסובר שיש לחייב בדבר הגורם לממון, לא בהכרח יסבור שיש לחייב בדבר שאין עיקרו ממון. לבסוף מסיקה הגמרא שמי שדן ב'דינא דגרמי' יחייב במקרה זה. וכתב הש"ך שלכאורה אין זה ברור מנין הגמרא מניחה זאת, והרי יתכן שאף המחייב מדינא דגרמי יפטור במקרה של שורף שטרות חבירו משום שזהו רק דבר הגורם לממון, אלא על כרחך שהחיוב בדינא דגרמי הינו מדרבנן משום קנס, ולכן יש לחייב על אף שהוא רק גורם לממון.
**דחיית קצות:** אין קשר בין 'דבר הגורם לממון' ל'דינא דגרמי', ואף ר"ש המודה שיש לחייב בדבר הגורם לממון יפטור ב'גרמי' (לכאורה הקצות לא הבין את קושיית הש"ך וסבר שהש"ך מקשה מניין ידעה הגמרא שהמחייב בשורף שטרותיו, מחייב מכוח 'דינא דגרמי' ולא מכוח דבר הגורם לממון, אך נראה שקושית הש"ך כפי שהבאנו ולכאורה הקצות לא תירצה כלל).

ה. **ראיית הש"ך:** הגמרא בב"ק עא: מנסה להבין את דעת ר"מ במשנה שהגונב שור הנסקל וטבחו משלם ארבעה וחמשה, ולכאורה אין זה מובן שהרי שור הנסקל אסור בהנאה, ולא הזיקו כלום?!
וביאר שם רבא שמדובר במקרה שמסר אדם את בהמתו לשומר והרגה בהמתו אדם בבית שומר והעידועליו בעודו בבית שומר ונגמר דינו בבית שומר, ולאחר מכן בא אדם וטבחו, שבזה הזיק את השומר, שכל עוד היה השור בחיים, היה יכול לומר השומר לבעלים 'הרי שלך לפניך' (כדעת ר' יעקבשנפטר באומרו 'הרי שלך לפניך') על אף שאין הבהמה שווה כלום, אך כעת מחוייב השומר להשיב לו כשוויה של בהמה. והסיבה שר"מ מחייב היא משום שהוא סבר כר' שמעון שיש לחייב על דבר הגורם לממון.
**תוספות נתקשו** מדוע נצרך רבא לומר שר"מ סובר כר' שמעון שמחייב בדבר הגורם לממון, והלא לכאורה די בכך שר"מ מחייב על 'דינא דגרמי', כמבואר בגמרא בב"ק צח: לגבי השורף שטר חוב של חבירו שאף כשאין לחייב מכוח דבר הגורם לממון, יש לחייב מכוח 'דינא דגרמי'.
והביאו תוספות מספר תירוצים לשאלה זו:
**א.** ניתן לומר שרבי מאיר מחייב רק בדבר שנחשב כממון לכל העולם, ולא בשור הנסקל שאינו חשוב ממון אלא לשומר.
**ב.**מהגמרא בב"ק יש להוכיח רק שניתן לחייב על הקרן מ'דינא דגרמי', אך לא על הכפל והד' וה', ולשם כך יש צורך בדבר הגורם לממון.
**ג.** ניתן לומר שהחיוב בדינא דגרמי הוא רק מדרבנן, (וכאן הדיון הוא בחיוב מדאורייתא).
הש"ך כתב לדחות את 2 התירוצים הראשונים, וממילא מוכח שהחיוב ב'גרמי' הינו מדרבנן כתירוץ השלישי.
(אלו דחיות הש"ך: על 2 התירוצים הקשה מכך שהגמרא בב"ק צח: לא השתמשה בחילוקים אלו להציע שאף חכמים יודו לחייב בדבר הגורם לממון בקרן ובדבר ששוה לכל העולם.
על התירוץ הראשון לבדו הקשהשאינו מובן בסברא ו'מה בכך שאינו ראוי אלא לזה סוף סוף גרם לו היזק ומה לו לזה שלא הי' ראוי לשאר העולם'.
על התירוץ השני לבדו הקשה שמבואר בב"ק צח:לגבי אדם שגזל חמץ לפני הפסח ובא אחר ושרפו לאחר הפסח, שחייב לשלם לגזלן מכוח דבר הגורם לממון, שאילו היה קיים היה מחזירו לבעליו כמות שהוא ונפטר. ושם איננו עוסקים בכפל)
**הקצות** האריך לפרוך את קושיות הש"ך על תירוצי תוספות ובכך דחה את ראיתו מגמרא זו.
(ואלו דחיותיו: מה שהקשה על 2 התירוצים, מדוע לא השתמשה הגמרא בב"ק צח: בחילוקים אלו לומר שאף חכמים יודה לחייב בדבר הגורם מבממון, אינו קשה כלל מפני שחילוקים אלה שייכים דווקא במידה ונחייב על דינא דגרמי, וחכמים אינם מחייבים מ'דינא דגרמי'.
ומה שהקשה על התירוץ השני (שמדינא דגרמי מחייבים רק על הקרן) שבגמרא בב"ק צח: בעניין שורף חמץ שאין חילוק בין כפל לקרן, משום שבאותו שלב הגמרא לא סברה לחייב מדינא דגרמי, אלא מדין דבר הגורם לממון, ובזה אין חילוק בין קרן לכפל).

ו. **ראיית הש"ך:**הגמרא בב"ק בדף צח: מביאה 2 מימרות של רבה: האחת- שיש לחייב את השורף חמץ שעבר עליו הפסח, במידה וחמץ זה נגנב וכעת הגנב אינו יכול לומר: 'הרי שלך לפניך'. השניה- שיש לחייב את השורף שטר חבירו, הגמרא רוצה לתלות חיוב זה

[206] **כתב ר' עקיבא גרין בסיכומו:**'נראה שאפשר לדחות ראיה זו באופן אחר, שבמוסר המזיק הוא האנס והמוסר הוא הכלי נשק של האנס ולכן אינו מתחייב כשאנסוהו'.

במחלוקת לגבי דבר הגורם לממון, ודוחה שבמקרים אלו יתכן שאף ר' שמעון יפטור משום שאין עיקרם ממון, ולבסוף מסיקה הגמרא שמי שדן 'דינא דגרמי' יחייב בשורף שטרות, וכתב הש"ך שמכך שהגמרא הסיקה כן דווקא לגבי שורף שטרות, משמע שזה רק מטעם קנס, שהרי אין הבדל מהותי בין שורף חמץ לשורף שטרות, ומוכרחים לומר שהחילוק הוא ששורף שטר שכיח ולכן קנסו בו, מה שאין כן שורף חמץ שגזל שאינו שכיח ולא גזרו בו.

## פסיקת הלכה בעניין 'גרמא' ו'גרמי'

**השו"ע בסעיף א** סתם כלשון הרמב"ם.(וכבר הבאנו לעיל שהסמ"ע והש"ך פירשו שלשיטתו אין חלוקה בין 'גרמא' ו'גרמי' ולעולם חייב על שניהם, והקצות סבר שאף הרמב"ם מחלק).

**הרמ"א בסעיף ג** הביא בלשון יש אומרים את דעת ריצב"א שדינא דגרמי הינו תקנה מדרבנן.

**הש"ך (א) הביא שהמהרש"ל פסק כרמב"ן** שיש לחייב ב'גרמי' מן הדין, ולפטור ב'גרמא, והחילוק בינהם הוא, אם האדם עושה בעצמו את ההיזק ו'ברי' היזקו שבזה יש לחייב מדין 'גרמי', ואם אין הדבר כך נפטר מדין 'גרמא'.

**אך הש"ך האריך לצדד בדעת הריצב"א** שאין חילוק מהותי בין 'גרמא' לגרמי' וב'גרמי' חיבו מתקנת דרבנן (לעיל הובאו ראיותיו באורך).

**הש"ך מנה ראשונים רבים הסוברים כריצב"א**, הלא הם: סמ"ג, אגודה, תשובת מיימוני, שלטי גיבורים בשם ריא"ז, מהר"ם מרוטנבורג, מהרי"ל, מהר"י וייל.

**עוד הביא הש"ך שהתרומת הדשן והמהר"יבן לב הסתפקו בזה**, ועל פי זה פסק מהר"י בן לב שניתן לטעון 'קים לי' כדעת הריצב"א.

**הפת"ש (א) הביא את דברי המשאת בנימין** ◌◌(סימו כח) ◌**שכתב** שאף הרא"ש וסייעתו הסוברים שיש לחייב על 'גרמי' מן הדין, יודו שיש לחייב דווקא על היזק שהוא שכיח, ובתחילה תלה זאת בכך שאיננו יודעים מהו הטעם הנכון לכך שמחייבים ב'גרמי' ('שכיח או ברי היזקא) ולבסוף כתב שיתכן שאף חכמים לא חייבו אלא בצירוף 2 הטעמים יחד.

## אם ניתן לחייב על כל היזק ב'גרמא' שהוא שכיח, או שאין לנו אלא מה שחייבו חכמים?

**מדברי הרמ"א בסעיף ג עולה** כי הוא הבין שלדעת הריצב"א ו'דעמיה' ניתן לחייב על כל היזק ב'גרמא' במידה והוא שכיח, ועל פי זה ביאר את דינו של המהר"ם מריזבוק שיש לחייב את המודיע לקונה הגוי שהחפץ של המוכר היהודי שווה פחות מכמה שמכרו.

**אמנם הש"ך**(כד- כה) **כתב** שאף לשיטה זו לא ניתן לחייב על גרמות 'דדוקא מילתא דמצינן בש"ס דקנסו אמרינן משום שהיה נראה להם דשכיח קנסו אבל בהא מאן לימא לן דשכיח הוא וכיון דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן הבו דלא לוסיף עלה'.

**ובזה השיג הש"ך גם על הסמ"ע (ז) שכתב** שלפי דברי הרמ"א יש לחייב שליש שהחזיר שטר שלא היה לו להחזיר, אף באופן שהוא 'גרמא' הואיל וזהו דבר שהוא שכיח. ואין לך אלא מה שאמרו הם שלא נאמרו בש"ס (ועיין לקמן בסעיף ג' כיצד ביאר הש"ך את דינו של המהר"ם מריזבוק).

## האם יש לחייב על גורם של גורם?

**הרמב"ן כתב**(קונטרס דינא דגרמי) שיש לחייב גם על גורם של גורם במידה וזה עומד בהגדרות החיוב של 'דינא דגרמי (עיין לעיל).

**וכתב הרמב"ן** שאין לדמות זאת למבואר בשבועות לב. שאין לחייב קרבן שבועת העדות את עדי הקינוי של הסוטה במידה ונשבעו שאינם יודעים, משום שאין בעדותם ממון אלא רק גורם של גורם העלול לפטור את הבעל מן הממון. וזאת משום שבקרבן העדות הקפידה התורה על מציאות בו העדים כופרים בעדות ממון. וכתב שהמערב בין קרבן העדות לדיני נזיקין 'חייב משום כלאים'.

**הש"ך (ג) כתב** שלפי מה שהכריע שהחיוב ב'גרמי הינו מדין קנס פשוט שיש לפטור ב'גורם דגורם', (ונראה שכוונתו שאין להרחיב את הקנס וכפי שכתב בס"ק כד, וצ"ע אם אכן לכך התכוון)

**הקצות (ג) ציין שהתרומות**(שער נא חלק ו סעיף ח)**והמהר"ם**(פראג תתמד). **סברו**שאין לחייב על גורם של גורם, ובאמת למדו כן מהגמרא בשבועות בענין קרבן עדות.

**וכתב הקצות** שלשיטתם נראה שיש לפטור אף במידה ונסבור שהחיוב ב'גרמי' הינו מדאורייתא, שהרי הם למדו כן מדין קרבן העדות שהוא מדאורייתא.

**הפת"ש (א) הביא את דברי הנודע ביהודה** שהסיק שיכול המזיק לומר 'קים לי' כרמב"ן ולהפטר בהיזק של 'גורם דגורם'[207].

[התרומות כתב על פי הנחתו שאין לחייב על 'גורם דגורם', שיש לפטור את השולח בעירה ביד חש"ו ושרפה שטרות חבירו משום שזהו 'גורם דגורם'.

[207] עי"ש בפרטי במקרה, ושם דן הנודע ביהודה האם יש להחשיב את המקרה שם כ'גורם' או 'גורם דגורם', משום שהנזק בפועל נעשה ע"י שליח המזיק שהוא גוי ולכן יתכן שהמזיק יחשב כגורם ממש, ואף שאין שליח לדבר עבירה, יתכן שבמקרה זה שהנזק יעשה מאליו, יש להחשיב את הגוי כחצירו של הגוי, עי"ש.

**הקצות הקשה על דברי התרומות** שהרי בב"ק נט: נחלקו ר' יוחנן ור"ל אם יש להגדיר את השולח בערה ביד חש"ו כגורם או כמזיק באופן ישיר, והכריעו הפוסקיסכריש לקיש (כמבואר בסימן תיח סעיף ז). שהוא מוגדר כמזיק באופן ישיר, וממילא אם שרפה הבערה שטרות, יש להחשיב זאת כגורם בלבד ולא כ'גורם דגורם'. ונשאר בצ"ע.
ומכול מקום כתב הקצות שדינו של התרומות נכון במציאות שכלו חציו של האש, כגון שהיה צריך לגדור את האש ולא גדר שבמקרה זה אשו אינו נחשבת כמעשה ישיר שלו [יחיציו] אלא כממונו (כמבואר בסימן תיח סעיף יז), ולכן אם אש זו שרפה שטר, יש לפטור לדעת הרמ"א שנביא לקמן שסובר שדינא דגרמי מחייב רק את גופו לא את ממונו המזיק].

## האם יש לחייב את המזיק ב'גרמי' באונס ובשוגג?

**הרמב"ן הניח בפשטות** שהמזיק ב'גרמי' באונס חייב ככל מזיק, וזאת לשיטתו כי החיוב ב'גרמי' הינו מן הדין.
**והש"ך (ו) כתב לשיטתו** שיש לפטור מזיק ב'גרמי' באונס משום שכל החיוב הינו מכוח קנס, ולא גזרו באונס שהוא אינו שכיח, והביא הש"ך שאף המהרש"ל (ים של שלמה פרק י סימן מז) פטר את השורף שטרות חבירו באונס.
**הש"ך הוסיף וכתב** שיש לפטור אף את המזיק בשוגג.
**הפת"ש (ב) הביא את דברי החוות יאיר**(סימן מה)**שהכריע כש"ך** שאין לחייב על היזק ב'גרמי' אף בשוגג.

## האם יש לחייב על היזק ב'גרמי' שנעשה על ידי בהמתו?

**הבאנו לעיל את דברי הגמרא בב"ק מח:** שעוסקת בשור שנפל לבור והבאיש מימיו. ולמסקנה קובע שם רבא שרק במידה והשור הבאיש מגופואת המים(שהיה מלוכלך בטיט- רש"י), חייב בעל השור על ההיזק שנעשה למים. אך במידה והבאשת המים נעשית רק מכוח ריחו (סרחון הנבילה) בלבד, פטור בעל השור, משום שנזק ההבאשה נעשה בגרמא (רש"י- נבילה גרמא הוא שגורמת לסרחון שיבא), ו-'גרמא בעלמא פטור'.
**הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי ציין לכך שהרי"ף** לא הביא מסקנה זו, וכתב שיתכן שזאת משום שסבר שלהלכה יש לחייב אף במקרה שהבאיש מריחו, הואיל ואנו מחייבים בדינא ד'גרמי'.
**עוד הציע הרמב"ן** שניתן לומר להיפך, שסבר הרי"ף שאין לחייב ב'גרמי' על נזקי שורו, מפני שלא חייבו בגרמי אלא היזק של אדם, והסיבה שהשמיט הרי"ף דין זה, הוא משום שלהלכה אין לחייב גם על שור שהזיק את המים בגופו, וזאת משום שאנו פוסקים כשמואל שיש לדון את ההיזק של השור כבור, ובור אינו מחייב על היזק של כלים, ודין המים שהוזקו כדין כלים.
**לאחר שכתב דברים אלו כתב הרמב"ן שלדעתו** אין לחלק בין היזק בור להיזק שור, ובשניהם יש לחייב ב'גרמי', והסיבה שיש לפטור כשהשור הזיק בריחו, היא משום שהרי בא מאליו.
**הנימוק"י** (ב"ק כא. ד"ה 'מריחו') **הביא בקצרה את 2 האפשרויות הראשונות של הרמב"ן** (שהרי"ף סבר שיש לחייב אף בריח, הואיל ואנו מחייבים ב'גרמי', שהרי"ף סבר שאין לחייב על 'גרמי' של בהמה). **ואת האפשרות השניה** שאין מחייבים 'גרמי' בבהמה הביא בשם הרא"ה בשם רבו.
**הרמ"א פסק כאפשרות זו** שאין לחייב ב'גרמי' על נזקי בהמתו.
**הש"ך (ה) תמה על כך שהרי רבו של הרא"ה הוא הרמב"ן** והרמב"ן כתב במפורש שאין לחלק בין גרמי באדם לגרמי בבהמה. (אמנם העירני ר' אהרון קרמר שאין קושי כלל, שהרי אכן כך פירש הרמב"ן בדעת הרי"ף, אלא שהוא עצמו השיג עליו וכפי שהבאנו, ובזה גם נסתלקה קושיית הקצות (ח) בדעת הפנ"י ע"ש).
**מכול מקום להלכה הסיק הש"ך** שהיות שמחייבים ב'דינא דגרמי' רק מכוח ובמקום שהנזק שכיח, אין לחיב על היזק בהמתו ב'גרמי'.
[הקצות (ח) הסיק שאף לשיטה הסוברת שאין לחייב על 'גרמי' בבמה תודה שיש לחייב על דבר הגורם לממון בבהמה, ודחה את קושית הפנ"י מהגמרא ב"ק יב ע"ש].

# סעיף א

## המזיק מטבע של חבירו באופנים שונים וכן השורף שטר חבירו

**בהקדמה ביארנו** כי ישנם מספר גמרות מהם עולה כי יש לחייב את האדם המזיק ב'גרמי', וכי הש"ך הבין שזוהי תקנה דרבנן לחייב על סוגים מסויימים של גרמא, ומן הרמב"ם עולה כי יש לחייב על כל גרמא, ומדברי הרא"ש והרמב"ן עולה כי יש לחלק בין סוגי ה'גרמות' השונות, יש שחייבים עליהם מן הדין ויש שפטורים עליהם.
אחת מהגמרות העוסקים ב'דינא ד'גרמי' הינה הגמרא בב"ק צח.:- ונביא מקצת מן הגמרא (למקוטעין):

**אמר רבה:** הזורק מטבע של חבירו לים הגדול – פטור.

מאי טעמא?

אמר: הא מנח קמן, אי בעית שקליה.

והני מילי בצלולין דקא חזי ליה, אבל עכורין דלא קחזי ליה – לא; והני מילי דאדייה אדויי, אבל שקליה בידיה – מיגזל גזליה, השבה בעי מיעבד...

**ואמר רבה:** השף מטבע של חבירו - פטור;
מאי טעמא?
דהא לא עבד ולא מידי.
וה"מ דמחייה בקורנסא וטרשיה, אבל שייפא בשופינא - חסורי חסריה....
**ואמר רבה:** הצורם אוזן פרתו של חבירו - פטור;
מאי טעמא?
פרה כדקיימא קיימא, דלא עבד ולא מידי, וכולהו שוורים לאו לגבי מזבח קיימי...
**ואמר רבה:** השורף שטרו של חבירו - פטור, דאמר ליה: נייר קלאי מינך.
**מתקיף לה רמי בר חמא:** היכי דמי?אי דאיכא סהדי דידעי מאי הוה בשטרא, ליכתבו ליה שטרא מעליא! ואי דליכא סהדי, אנן מנא ידעינן?
**אמר רבא:** תהא במאמינו.
**אמר רב דימי בר חנינא:** הא דרבה - מחלוקת ר"ש ורבנן היא, לר"ש דאמר: דבר הגורם לממון כממון דמי - מחייב, לרבנן דאמרי: דבר הגורם לממון לאו כממון דמי - לא מחייב. מתקיף לה רב הונא בריה דרב יהושע: אימר דשמעת ליה לרבי שמעון דבר הגורם לממון כממון דמי - בדבר שעיקרו ממון...דבר שאין עיקרו ממון מי אמרינן?
**אמר אמימר:** מאן דדאין דינא דגרמי - מגבי ביה דמי שטרא מעליא, ומאן דלא דאין דינא דגרמי - מגבי ביה דמי נייר בעלמא.
**הוה עובדא, וכפייה רפרם לרב אשי,** ואגבי ביה כי כשורא לצלמא.

**בגמרא מופיעים 4 אימרות של רבה** בהם הוא פוטר מזיקים שונים: זורק מטבע לים, השף מטבע, צורם אוזן פרתו של חבירו, שורף שטרות חבירו.
**הגמרא רצתה לתלות** בתחילה את השאלה אם יש לפטור את השורף שטרות חבירו במחלוקת חכמים ור' שמעון, אם ניתן לחייב את האדם על דבר הגורם לממון.
**לבסוף מסיקה הגמרא** שאין תלות בין הדברים, משום שגם ר' שמעון הסובר שיש לחייב בדבר הגורם לממון, לא בהכרח יסבור שיש לחייב בדבר שאין עיקרו ממון, ולבסוף קובעת הגמרא שמי שדן דינא דגרמי, יחייב אף במקרה של שורף שטרות חבירו.
**על כן כל הראשונים** חייבו את השורף שטרותיו של חבירו (וכפי שנפסק בסעיף הבא).
**אך נחלקו הראשונים** האם יש לחייב גם ב3 המקרים הקודמים: זורק מטבע לים והשף מטבע, צורם אוזן פרה.
**הרמב"ם**(חובל ז,יא)**פסק** שיש לחייב בכל המקרים הנ"ל (וזה מסתדר לשיטתו שסובר שיש לחייב על כל גרמא).**וכן פסק הרי"ף**(ב"ק לה.)
**הרא"ש הביא את דעת הראב"ד** שיש לפטור במקרים אלו, אך לא מכוח גדרי גרמא, אלא מכוח הטעמים הכתובים בגמרא (לגבי זורק מטבע- מפני שיכול לומר לו 'הא מנח קמך, אי בעית שקליה'. לגבי השף מטבע – 'דהא לא עבד ולא מידי'.לגבי הצורם אוזן פרתו של חבירו –גם כן 'דלא עבד ולא מידי', משום ש'כולהו שוורים לאו לגבי מזבח קיימי').
**הטור כתב שלדעת הרא"ש ור"י הסוברים** שיש חילוק בין 'גרמא' ל'גרמי' יש לפטור בכל המקרים הנ"ל משום שהם נחשבים כ'גרמא'מלבד מהמקרה של השורף שטרות חבירו[208]..
**וכן הסכימו הש"ך** (א, יח)**והמהרש"ל**(ים של שלמה ב"ק ב, לו).
**הש"ך ביאר לשיטתו שהטעם שפטור במקרים אלו,** הוא משום שהם אינם שכיחים ובהם לא גזרו חכמים לחייב.
**יש לציין שהרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי הסיק** שיש לחייב בכל המקרים הללו כדעת הרי"ף והרמב"ם וזאת על אף שסבר שיש חילוק בין 'גרמא לגרמי', ולשיטתו כל המקרים הללו נחשבים כ'גרמי'.
**השו"ע בסעיף א סתם כרמב"ם** שיש לחייב במקרים אלו.
**והרמ"א בסעיף ג הביא את הדיעות הסוברות** שיש לפטור במקרים אלו.

[208] בבאר הגולה כתב: 'חיפשתי ולא מצאתי מפורש שפסקו התוס' או הרא"ש בדוחף מטבע של חבירו לים או בפוחת צורתו כרבה דפטור, ולפי שני החילוקים שכתבו התוס' והרא"ש בפרק לא יחפור כנזכר לעיל נראה שחייב לדעתם בשני אלו...כיון שעושה מעשה בגוף הדבר הניזוק ומשעת מעשה בא ההיזק', אך מדברי הרא"ש בב"ק (ט,ג) משמע כטור שהביא את דברי רש"י שהפטור הוא משום 'גרמא', ונראה שנשאר בביאור זה עי"ש.

## הזורק מטבע של חבירו לים

**בפיסקא הקודמת ביארנו** כי רבא פטר במקרה של הזורק מטבע של חבירו לים, ונחלקו השו"ע והרמ"א אם דין זה נותר גם להלכה, לדעת השו"ע למסקנה יש לחייב במקרים אלו, והרמ"א הביא את הדיעות שיש לפטור במקרים אלו.

*האם יש חילוק בין מים צלולים למים עכורים?*

**בגמרא מבואר** כי כל הפטור הוא דווקא במקרה שזרק למים צלולים, אבל אם זרק מים עכורים, חייב.
**הקצות (ט) ציין לדברי הרא"ש** (ב"ק ט, יג) **והתוספות**(ב"ק צח. ד"ה 'עכורין')שכתבו שאין כוונת רבא לחלק דווקא בין מים עכורים לצלולים, אלא עיקר החילוק הוא אם יש יכולת להצילם על ידי אדם או שאין יכולת.
**אך דייק הקצות שהנמוק"י**(ב"ק לו.) **והרמב"ן**(מלחמות ב"ק לו.)**סברו** שלעולם יש לפטור במים צלולים לדעת רבה וזאת אף במידה שלא ניתן להציל את המטבע, עי"ש.

*זרק ביד אם חייב לשלם דמי המטבע או דמי ההצלה של המטבע? (וכן לסוברים שחייב גם כשדחף על מה חייב?)*

**עוד מבואר בגמרא** שהזורק פטור רק במידה והוא לא לקח ביד וזרק את מטבע חבירו למים אלא רק 'אדייה אדויי', וביאר הרשב"א וכן עולה מהתוספות והרמב"ם שהכוונה שהשליכו לים דרך גלגול בלי שיגביהנו (אמנם עיין בפירוש רש"י שפירש שהיתה ביד בעלים והכהו זה תחת ידו וניתזה לים וכתב המהרש"ל [יש"ש ט, טז) ששניהם דיברו דבר אחד).
**השו"ע והרמב"ם פסקולשיטתם** שאף במידה ולא הגביה את המטבע חייב, שהרי בזה פטר רבא, ולהלכה נפסק שיש לחייב בזה מדין גרמא.
**רש"י ביאר** שהסיבה שהדוחף מטבע חבירו נחשב כגורם בלבד, הוא משום שהמטבע עדיין קיים לפנינו, וגם אין לחייב על הצורך לשלם לאדם ('בר אמוראי') להוציא את המטבע מן המים , משום שהיזק זה הינו 'גרמא בעלמא'.
(א"כ יש לחקור בשיטות המחייבות במקרה זה, אם יש לחייב על המטבע, או רק על הכסף לצריך לשלם ל'בר אמוראי' ומסתימת הרי"ף והרמב"ם עולה כי יש לחייב על כל המטבע, ומלשון הרמב"ן משמע שיש לחייב דווקא על הכסף שיש לתת ל'בר אמוראי' וזה לשונו: ' ועוד בזורק מטבע של חברו מאי איכא למימר הא חסריה זוזא דבר אמוראי, אלא הנך טעמי חבטי בעלמא נינהו, ברם נראו דברי רבינו חננאל ורבינו יצחק אלפסי ז"ל שהסכימו דליתה לדרבה כלל כיון דקיימא לן כר"מ...').
**הש"ך (ח) הביא את דברי המהרש"ל**(ים של שלמה פרק ט סימן טז) שסבר שאף במידה וזרק בידיים אין לחיבו אלא רק את הכסף שצריך לשלם לאדם שיוציא לו את המטבע.
**הש"ך השיג עליו** וכתב שהיות והגביהו, הרי הוא מחויב בהשבה ואינו יוצא ידי חובה עד שיחזירה למקום שנטלה.(עיין בראיית המהרש"ל מתוס' בב"ק קא. ד"ה 'הא' ובדחייתו של הש"ך).

*הזורק מטבע לים ופגמה קצת, אם חייב לשלם לשיטות הפוטרות ?*
**הקצות (י) כתב** שאם זרק מטבע לים ופגמה קצת מחוייב לשלם אף על ההיזק של הזריקה לים.
**דברי הקצות מבוססים על תוספות** (ב"ק צח. ד"ה 'מתיב רבא')**שביארו** שיש לחייב על המחרישעבדו על אף שאין חיסרון ניכר, וא"כ היה לנו לחייב אף במידה והכה בו בקורנס ולא חיסרון משום שיש בזה מקצת חבלה, והואיל ויש מקצת חבלה יש לחייב על הכול.
**הקצות הוכרח לומר כן** בכדי לתרץ במה שונה דין הזורק מטבע חבירו לים, שאינו חייב לשלם על הוצאת המטבע, לדין בעל בור שמחויב לשלם על הוצאת שור חבירו מן הבור כמבואר בב"ק יא. ועל כרחך שהחילוק הוא בכך שהשור כבר ניזוק מעבר לכך שנפל לבור מה שאין כן בדינר.
**עוד כתב בזה לתרץ את דברי רבינו יקר שהובא במרדכי**(ב"ק קיד) **שכתב** שאף לדעת ר"מ המחייב ב'דינא דגרמי' יש לפטור במקרה שזורק מטבע חבירו לים וזאת כשם שיש לפטור את המכה בהמת חבירו מלשלם על דמי הריפוי שיצטרך לתת לרופא, וביאר שיש לחלק בין נזקי גופו שבהם יש לחייב על דמי הרפואה משום שהגוף עצמו ניזוק והרפואה הינה היזק היוצא מן הגוף, לבין מציאות שבו ממונו ניזוק, שבזה אין לחייב על ממון אחר שנפסד לו בעקבות אותו ממון שהזיק, וכן הובא בהגהת מרדכי (ב"ק ריג) ש'כל דבר שאינו מחוסר גוף הדבר אלא שצריך להוציא כדי להשיבו לקדמותו הוא נקרא גרמא'. ו כתב הקצות שלכאורה יסוד זה נסתר מהגמרא בב"ק יא. שהבאנו לעיל שם מבואר שיש לחייב על הוצאת השור מהבור, אלא על כרחך שיש לומר שבמקום שהוזק קצת יש לחייב על הכול (עוד עיין בקצות שהציע אפשרות אחרת להבנת הגמרא בב"ק יא. ואכמ"ל).
**אך נתקשה הקצות** שלפי דבריו לא מובן מדוע אין חיוב לשלם ריפוי במקרה שהזיק בהמתו והרי שם נעשה נזק בבהמה וממילא יש לחייב גם על דמי הרופא, ונשאר בזה בצ"ע.
**לבסוף הסיק הקצות** שלעניין זורק דינר, פשוט שהדין הוא שאם הוזק הדינר צריך לשלם דמי הוצאת הדינר, משום שזה בכל מה שנתחדש בעניין שור שנפל לבור, שצריך לשלם על הוצאת השור והוא הדין על הוצאת הדינר, משום שמחויב להוציא את שברי הזיקו, ודווקא לענין ריפוי הבהמה, אין חובה משום שהבהמה לפנינו ואין צורך להביאה.

[יש לציין לדברי הנתיבות בסימן שמ ס"ק ג שכתב שפשוט שיש לחייב על ריפוי של מכה שלא הייתה מתרפאה ללא ריפוי, המרדכי עסק במציאות שאף בלא ריפוי יכול לחזור לקדמותו רק שיתעכב וע"י ריפוי ימהר לחזור].

## השף מטבע של חברו

**הבאנו לעיל את דברי רבה** הפוטר את השף מטבע של חבירו, וכבר ציינו לעיל שנחלקו השו"ע והרמב"ם האם להלכה נותר פסק זה (רמ"א), או שיש לחייב מדינא דגרמי (שו"ע)
**מכול מקום הגמרא הגבילה את הפטור של רבה,** וביארה שהפטור הוא רק אם הכה בו בקורנס ועשה אותו חלק, אבל אם 'שייפא בשופינא' חייב מכיוון שחיסר אותו.
**הגמרא מקשה על דינו של רבהמברייתא** שאומרת שאם החריש אדם את עבדו יוצא לחרות, אף שאין חיסרון ניכר, וא"כ היה לנו לחייב אף במידה והכה בו בקורנס ולא חיסרו.
**מתרצת הגמרא** שרבה סובר שלעולם יש חבורה בהחרשת אדם (ולכן המחריש את אביו חייב מיתה).
**וביארו תוספות**(ד"ה 'מתיב') שמכיוון שיש חיסרון, חייב על כל הקלקול.
**הקצות** (יב) הביא דברי התוס' להלכה.

*מה דינו של הפוחת כלי כסף?*
**הש"ך(ז) הביא את דברי מהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק ט, יז) **שכתב בשם הצפנת פענח** (ראב"ן) שכשם שהמכה בקורנס על המטבע חייב, כן המכה על בתי נפש (מתוך האנציקלופדיה המקראית: 'אחד מן הקישוטים של בנות ציון האמורים בישעיה [ג,כ] . פירושו של שם זה שנוי במחלוקת . יש אומרים שהכוונה לקופסאות של בשמים שהיו בנות ציון נושאות אותן על חזיהן, לפי פרייזר אין בתי הנפש אלא קמיעות , כדוגמת הלחשים הנזכרים לפניהם בכתובים. לפי טור סיני אפשר לפרש בתי הנפש במשמעות בתי צוואר) **או שאר כלי כסף וזהב ופחת, פטור.**
**אמנם הש"ך כתב** שיש מקום לחלק ולומר שדווקא במטבע אין שם אלא צורה, אבל בכלי מתחילה כלי היה ועכשיו אינו כלי. וכתב שנראה שלכן לא מוזכר בש"ס ופוסקים אלא מטבע. והניח בצ"ע.

## הגביה מטבע ואח"כ פיחת צורתה, אם יש לחייבו אף לשיטות שפוטרות בפיחת מטבע?

**הש"ך (ז) כתב** שאם הגביה את המטבע ואח"כ פיחת צורתה, חייב לדעת רבה, כשם שאמרה הגמרא כן ביחס לזורק מטבע לים, והטעם שווה שהואיל ומחויב בהשבה מאליה יש לחייבו.
**אמנם הקצות (יא) כתב** שנראה מפשט דברי הגמרא לא כך, ואף אם הגביה אין לחייבו, שהרי הגמרא לא הגבילה דין זה למציאות שלא הגביה, ורק בעניין הזורק מטבע כתבה כן, ובטעם הדבר ביאר שפיחות מטבע אינו נחשב כפגימה במטבע ואין לדמות זאת למטבע שנסדק, ולכן אף במידה והגביה ומחוייב בהשבה, הוא יכול לומר לבעל המטבע 'הרי שלך לפניך' כשם שיכול לומר כן במציאות שגנב מטבע ופסלתו מלכות. וביסס דבריו על תוספות (ב"ק צח. ד"ה 'השף מטבע') שביארו שיש לדמות שיפת מטבע לפסילת מלכות.
**אמנם בדברי הרמב"ם הודה הקצות** שבמידה והגביה, הוא מחוייב לשלם, וזאת משום שהרמב"ם סבר (גזילה ג, ד) שגזלן מחוייב לשלם אף במידה ופסלתו מלכות,ולכאורה הוא הדין במידה ופיחת מטבע ועל כרחך צריך לחלק בין גזלן למזיק, שבמזיק אין לחייב משום שיכול לומר שלא חיסרו כלום, אך גזלן מחוייב לשלם משום שצריך להשיב לו את המטבע. וביסס דבריו על הרשב"א (ב"ק צח. ד"ה 'אמר רבה השף') שכתב כדברים הללו, שבמזיק יש לפטור אף כנעשה שינוי ממש בחפץ, משום שיכול לומר שלא חסרו דבר ממשי.
**לבסוף כתב הקצות שניתן לומר גם בדעת הרמ"א**(שסג, א)**שפסק** שאם פסל יכול לומר הרי שלך לפניך, שבמידה ופיחת לא יוכל לומר כן, הואיל והפכו ממטבע ל'נסכא' ולכן אם הגביהו חייב. והביא הקצות שכן פסק המהרש"ל מסברתו (ישש"ש ב"ק ט, יז) ומצא כן בצפנת פענח.
**מכול מקום כתב הקצות שלהלכה** יכול המזיק לומר 'קים לי' כתוס' שאף אם הגביה פטור, הואיל ובתוס' משמע שיש שויון דינים בין גזלן למזיק וכפי שהבאנו לעיל.

## מוחל שטר חוב

**בגמ בב"ק צח: מבואר** כי למסקנה המחייב בדינא דגרמי, מחייב גם בשורף שטרותיו של חבירו.
**ובכתובות פו.**(הובא בהקדמה) **מבואר** שגם המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו, חייב לשלם על החוב מ'דינא דגרמי'.
**השו"ע פסק בסעיף שלנו** כן לעניין המוחל שטר חוב חבירו, (ועניין השורף שטר חבירו יתבאר לקמן בע"ה בסעיף הבא).

לשון השו"ע:
**קיימא לן כרבי מאיר דדאין דינא דגרמי.**
(ודוקא באדם חייב דינא דגרמי, אבל בבהמה, לכולי עלמא פטור) (נ"י פ' הפרה).
**לפיכך הדוחף מטבע של חבירו עד שירד לים, חייב, אף על פי שלא הגביהו.**
**וכן הפוחת מטבע של חבירו והעביר צורתו, חייב, אף ע"פ שלא חסרו.**

## והמוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו, דקי"ל שהוא מחול, צריך לשלם ללוקח, כמו שנתבאר בסימן ס"ו:

### עיכב ספינת חבירו בכדי שיפרע חובו וע"י כך פשט הגדוד על הספינה

**החוות יאיר** (סימן מה) דן במקרה בו עיכב המלווה(ע"י המלכות) את הלווה מלהבריח ספינתו מחמת הגדוד שהתקרב לעיר, מבלי שיפרע חובו או שיעמיד לו ערב, ובעקבות כך פשט הגדוד על הספינה הנזכרת ובזז את כל סחורתה.
**ופסק החוות יאיר**שאין לחייב את המלווה מכוח 'דינא דגרמי' משום שההיזק נעשה בשוגג וכבר הכריע הש"ך שאין לחייב על 'גרמי' בשוגג.
**עוד כתב החוות יאיר** שאין לומר שהוא נחשב כמזיק בידים משום שזו הייתה שעת חירום, ולכן יש לדמותו לכופף קמתו של חבירו לפני הדליקה במקום שתבוא האש ע"י רוח מצויה שחייב (כמבואר בב"ק נו. ובשו"ע תיח, יא) משום שאין זה נחשב כרוח מצויה, שאין הדבר ברור שמיד יבוא הגדוד ויפשוט על הספינה.
**עוד כתב החות יאיר** שגם אין לומר שמכל מקום יכול הניזק לעכב מלשלם חובו למזיק, משום שזה נחשב כמזיק ברוח שאינה מצויה שחייב לכל הפחות בידי שמים, וא"כ יוכל הניזק לעכב הכסף בידו. ואין לומר כן משום שכבר כתב המהרש"ל (ים של שלמה ב"ק ו, ו)שלא מועילה תפיסה בכל החייבים בדיני שמים וכן כתב הריב"ש(סימן שצב).
**עוד הוסיף החות יאיר** שבמציאות שלנו יש לפטרו אף מ'ידי שמים', משום שכל החיוב הוא דווקא כשאין לו שום שייכות בדבר השייך לחבירו, בשונה מהמקרה שלנו שהמלוה כיון להצלת חובו, ואין בחובתו להמנע מחשש היזק חבירו הבלתי רגיל(והוסיף עוד סברות בעניין זה, ע"ש).

## סעיף ב

### השורף שטרותיו של חבירו, והמזיק שעבוד חבירו

### השורף שטרות חבירו

**הבאנו בסעיף הקודם את דברי הגמרא בב"ק צח.** ממנה עולה כי המחייב ב'דינא דגרמי' מחייב במקרה של שורף שטרות חבירו.
**כמו כן הבאנו שכן פסקו כל הראשונים, וכן פסק השו"ע בסעיף שלנו.**
**מבואר בגמרא** שמדובר שאין עדים על השטר, מפני שאחרת היה ניתן לכתוב שטר חדש, ואין כאן כלל נזק, אלא מדובר כשהשורף מאמין לבעל השטר, וביאר רש"י שמאמינו לכל סכום שיאמר לו שהיה כתוב בשטר.

### השורף שטר חבירו- מהו הסכום אותו צריך לשלם?

**הרמב"ם** (חובל ומזיק ז, ט) **והשו"ע פסקו** שהשורף חייב לשלם את דמי כל החוב.
**הב"י בסימן סו מביא מחלוקת ראשונים** בעניין המוכר שטר חוב לחבירו וחזר ומחלו אם צריך לשלם דמי כל השטר, או רק את הסכום ששילם בעל השטר כשקנה שטר זה.
**שם מסיק הב"י** שהלכה כדיעות שצריך לשלם דמי כל השטר, והביא שאף שהרא"ש בפסקיו נטה לדיעה שאינו חייב לשלם אלא כפי ששילם הקונה, בתשובותיו לא משמע כן, אך מכול מקום עולה מדברי הרא"ש בתשובה שאין לחייב את הסכום הנקוב בשטר, אלא את שוויות השטר במידה וימכרנו, וכדברי הרא"ש פסק להלכה השו"ע שם בסעיף לב (והרמ"א שם ציין לדיעות המחייבות לשלם רק כפי שקנה)
**הש"ך (יד) למד מדברי השו"ע שם שאף במקרה שלנו לא התכוון השו"ע** לחייב את דמי כל החוב, אלא רק את השווי שהיה שווה השטר במידה והיה מוכרו[209].
**עוד הביא הש"ך שכן עולה** (שחייב רק על השווי של השטר)**מדברי הרא"שבתשובה** (כלל לט סימן יא), **והמהרשד"ם**(סימן לב).

### שרף שטר חוב חבירו ויש ויכוח בין השורף לבעל השטר כמה היה בשטר?

**הש"ך (י) הביא את דברי התרומות** (שער כט חלק ב אות ח) **והמהרש"ל**(ים של שלמה פרק ט סימנים: יט, כ) **שכתבו** שבמידה והשורף מודה רק במקצת ממה שטוען בעל השטר שהיה כתוב בשטר, השורף נשבע שבועה דאורייתא ונפטר.

---

[209] יש לציין שמפשט דברי הרמב"ם לא משמע כן אלא שצריך לשלם את כל הסכום הנקוב בשטר, וטעמו מסתבר שסוף כל סוף הזיקו בכך שלא יוכל לגבוץ את דמי כל השטר, אמנם נראה שצודק הש"ך בכך שהשו"ע לא ראה בדברי הרא"ש סתירה לדברי הרמב"ם, והוא הבין שאף הרמב"פ יודה שאין הכוונה לחייב את דמי כל החוב, וכל כוונת הרמב"ם לאפוקי מהדיעות הסוברות שאין לחייב אלא כסכום שקנה.

**הש"ך השיג עליהם וכתב** שאין נשבעים על השטרות ולכן יש לפוטרו ממה שכפר, וכתב שכן מוכח מסתימת כל הפוסקים שסתמו שאין נשבעים על השטרות ולא חילקו בין תביעת גוף השטר לתביעת היזק השטר.

**עוד הביא הש"ך שכן מפורש בדברי תוספות בשבועות**(לז: ד"ה 'מיעטי'). וברמב"ן בקונטרס 'דינא דגרמי'.

**הש"ך ביאר** שהתרומות פסק לחיוב רק משום שהוא סובר שהמחייב 'בדינא דגרמי' יחייב אף במציאות שהזיק באופן של 'גורם בממון', ולפי שיטה זו אכן יש להחשיב את כפירתו ככפירה בממון ולא ככפירה בקרקעות, אך להלכה איננו מחייבים ב'גורם ממון' וכן אנו פוטרים משבועה בכפירה על שטרות, וממילא פשוט שאם השורף מודה במקצת, הוא מחוייב לשלם רק על מה שהודה.

**ובכדי לבאר את שיטת המהרש"ל כתב הש"ך** שהמהרש"ל פסק כן לשיטתו שסבר שיש מקום לומר שאף חכמים הפוטרים בדבר הגורם לממון יחייבו בשריפת שטר, וזאת משום שלא פטרו חכמים אלא בדבר שאינו ראוי לכל העולם מלבד אותו אדם כגון בעניין קודשים וחמץ אבל שטר שראוי לכל העולם, אם הזיקו חייב לשלם, אך ציין הש"ך לדבריו בס"ק א (שהובאו בהקדמה) , שם כתב שביאור זה אינו מסתבר, ונראה מהגמרא ששריפת שטר קלה יותר מקודשים וחמץ, ולכן צידד שם בביאור השלישי של תוס' בב"ק עא: עי"ש.

**הש"ך ביאר** שעל אף שהוא עצמו הכריע בסימן צה שיש לחייב שבועה על היזק קרקעות (כדעת הראב"ד שם ולדעת הש"ך שם אף דעת הרמב"ם עי"ש),בשטרות אין לחייב מפני שדווקא בקרקע כל הריעותא היא מכוח שהחיוב הוא בקרקע וכיון שנשתנה יש לחייב שבועה, מה שאין בקרקע שהריעותא היא בכך שאין עיקרן ממון ובזה לא נשתנה דבר.

**עוד כתב הש"ך** שלפי שיטתו שכל החיוב ב'דינא דגרמי' הוא רק מדרבנן ומכוח קנס, פשוט שאין לחייב שבועת מודה במקצת שהיא דאורייתא(ודייק שמהרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי משמע שאין מחייבים שבועה בכל 'דינא דגרמי' מטעם אחר והוא שלעולם השבועה אינה על ממון ממש אלא על גרימת היזק לממון[210], אך הביא שמהרמב"ם והרשב"א בתשובה ומהגהות מימוניות עולה שבשאר 'דינא דגרמי' יש לחייב, ורק על שריפת שטרות אין לחייב משום שאין חיוב שבועה על שטרות).

**הקצות (ד)צידד בדעת התרומות** וכתב שאין ראיה לכך שתוספות חולקים על התרומות. זאת משום שתוספותכתבו רק ששריפת שטרות אינה נחשבת כגזילה, ולא התייחסו לשאלה, אם ניתן לחייב על כך שבועה.

**עוד כתב הקצות** שגם מהרמב"ן אין ראיה שהוא חולק, מפני שכל מה שכתב הרמב"ן הוא שאין נשבעים על השטרות ועל כך אין חולק שהרי זו גמרא מפורשת, אך זאת דווקא במידה והשטר בעין, ובמידה שהזיק את השטר יתכן שאף הרמב"ן יודה לתרומות שיש לחייבו שבועה על כך. אלא מכול מקום יש לחייב שבועה על היזק של שטר.

**לאור זאת כתב הקצות** שנראה שהשאלה אם יש לחייב שבועה במקרה זה, תלויה במחלוקת הראב"ד והרמב"ם בשאלה אם יש לחייב שבועה על היזקי קרקע, (והוא הבין שלא כש"ך שאכן הרמב"ם חולק על הראב"ד וסובר שאין לחייב על כך), וכתב הקצות שחילוקו הוא של הש"ך בין קרקע לשטר בכך שהקרקע נשתנתה מהריעותא שלה מה שאין כן בשטר, הוא 'חילוק בין השוין' שהרי גם בהיזק שטר, התביעה לבסוף היא על ממון, ולכן יש לחייב ממון כשם שאנו אומרים לגבי היזק קרקע שהואיל וכעת החיוב הוא ממון ולא קרקע, יש לחייב שבועה.

**עוד כתב הקצות** שאף אם נאמר שהחיוב ב'דינא דגרמי' הינו מדרבנן, עדיין נראה שיש לחייב שבועה (לשיטת הראב"ד) משום שהפקר ב"ד הפקר, וממילא הוא מחוייב מדאורייתא לשלם, ולכן אם הודה במקצת חייב שבועה דאורייתא.

## הנוטל שטר חוב בידו ושרפו

**הש"ך (יג) הביא את דברי מהרש"ל**(ב"ק פרק ט סימן יט) שסבר שבמידה ואדם נטל שטר חוב בידו ושרפו, הוא חייב מדין גזל ולא מדין מזיק מכוח 'דינא דגרמי', ולכן אף השיטות הסוברות שהחיוב בדינא דגרמי הינו מדרבנן ופטור במציאות של אונס ושוגג, יודו שבמידה ונטל בידו מחוייב.

**הש"ך השיג על דברי המהרש"ל וכתב** שמוכח בגמרא שחילוק זה בין נטל ביד ללא נטל ביד נאמר דווקא בעניין הזורק מטבע לים.

**הש"ך ביאר** בטעם הדבר שאין לחייב מדין גזלן אף במידה והחזיק בידו וזאת משום ששטר אינו נגזל כמבואר בב"ק קיז :(וכתב הש"ך שאף שנאמר שם שהטעם שפטור הוא משום שיכול לומר 'הרי שלך לפניך, וא"כ היה מקום לומר שבמידה ושרף יתחייב שאינו יכול לומר כן, כבר ביאר הרא"ש שם שהכוונה היא שיכול לומר שלעולם הקרקע [וכן השטר] נשאר ביד בעליו ולכן לעולם לא גזלו. עיין שהאריך להוכיח את שיטתו).

**הקצות(ו) צידד בדברי הש"ך**(הקצות (יא) השיג על הש"ך עצמו שהרחיב הגבלה זו של הגבהת המטבע אף לשף מטבע, והרי הוא עצמו דייק שבגמרא מבואר שהגבלה זו נאמרה דווקא לגבי זורק מטבע).

---

[210] אך יש להעיר שמדברי הרמב"ן לא נראה כן, וכל מה שכתב שם, הוא שאף ר"מ מודה שהמזיק בדבר הגורם לממון פטור, ולכן גם אין נשבעים על השטרות, ונראה שכוונתו רק לכך שאם כופר בכך שהוא מחזיק בשטרות חבירו, אינו מחוייב שבועה, והרמב"ן אינו מדבר במקרה שמזיק שטר חבירו, שבזה כבר כתב שמחוייב מ'דינא דגרמי' וממילא זה נחשב כממון ממש, ובמידה וכופר יתחייב בשבועה, וכן העיקר הקצות (ד) הובא לקמן, וראה בסימן שפח ס"ק לו ועוד שהש"ך חוזר על הבנתו ברמב"ן, ומצרף שיטתו בעניינים שונים.

## האם נאמן השורף את השטר לומר ששילם על שריפתו?

**הש"ך (יד) הביא את דברי מהר"י בן לב שכתב** (חלק א סימן קכה) שלסוברים שהחיוב לשלם ב'דינא דגרמי' הינו מדאורייתא, אין השורף יכול לטעון שכבר פרע את החוב, אך לדיעות שהחיוב הינו מדרבנן, הוא נאמן, ויכול השורף לומר 'קים לי' כדיעות שהחיוב הינו מדרבנן.
**אמנם הש"ך כתב** שלדעתו אף הדיעות הסוברות שהחיוב הינו מדאורייתא, יודו שנאמן לומר שפרע.

## האם יש תקנת הנגזל בשורף שטרות חבירו

**תקנת הנגזל**, זוהי תקנה בה תקנו חכמים שבמידה וידוע ע"י עדים שנכנס אדם וגזל מחבירו, נאמן הנגזל בשבועה לומר כמה גזלו (כן מבואר בשבועות מד:).
**בגמרא בב"ק סב. מבואר שהסתפק אמימר** האם תקנה זו נאמרה אף לגבי מסור (אדם שמסר ממון חבירו, אם יכול הנמסר להשבע כמה הפסיד במסירה זו וליטול מן המסור).
**הגמרא נותרה בתיקו בעניין זה.**
**נחלקו הרמב"ם ורב האי**, אם אין מוציאים מן המוסר מן הספק אך אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו (רמב"ם) או שיחלוקו (רב האי), **השו"ע פסק בסימן שפח** כדעת הרמב"ם שאין מוציאים ממון מספק.
**מכול מקום כתב הרא"ש**(ב"ק פרק ט סימן יג)שלעניין שורף שטרות, פשוט שלא תיקנו תקנת הנגזל, והוכיח כן מכך שהגמרא נאלצה להעמיד את חיובו של השורף שטרות במקרה שהאמין לבעל השטר בסכום שהיה כתוב בשטר (כפי שהבאנו בתחילת הסעיף). **וביאר הרא"ש** שהסיבה שהגמרא לא הסתפקה בזה כשם שהסתפקה לעניין מוסר, היא משום שבשריפת שטר מדובר בנייר בלבד שהוא קל יותר.
**המהרש"ל**(ים של שלמה פרק ט סימן יט) **דייק שמדברי הנמוק"י** (ב"ק לה. ד"ה 'נכתבו ליה)**עולה כדעת הרא"ש**.
**אמנם הש"ך (טו) כתב** שנראה שאין לחלק בין חיובי 'דינא דגרמי' השונים וספק הגמרא לעניין מוסר שייך אף לגבי שאר חיוב 'דינא דגרמי' ובכללם לעניין שורף שטרות חבירו.
**הש"ך רצה לבאר כן אף בדעת הנימוק"י והרא"ש**, וביאר שבדברי הנימוק"י ניתן לבאר שכוונתו לומר שאין זה ודאי ששייך בו תקנת הנגזל, אך אכן יש ספק בעניין זה, ואף בדעת הרא"ש ניתן לומר שלא כתב כן אלא לפי ההבנה שאין לחייב על 'דינא דגרמי'. עוד כתב הש"ך שאף אם נפרש את דברי הרא"ש כפשוטו, מכול מקום אין הלכה כמותו.
**עוד הביא הש"ך שמבואר בתשובת מיימוניות** (נזיקין סימן ד) **בשם רב האי** שדין שורף שטרות חבירו מושווה לדין מוסר לעניין תקנת הנגזל.
[יש לציין שמדברי הרמב"ם (חובל ז, ט) עולה כדעת המהרש"לשלא עשו תקנת הנגזל בעניין שורף שטרות, ואינו חייב עד שיודה בכך שכך וכך היה כתוב בשטר או שיאמין לבעל השטר בזה, העריני ר' דניאל ווסטברוק כי יתכן שהרמב"ם סבר שבעקרון שייך תקנת הנגזל בכל מזיק ב'גרמי' שהרי לא חילק בזה בין גרמי לשאר הזקים, ודווקא בעניין שטר לא שייך בזה משום שאין נשבעים על השטרות ויתכן שהרמב"ם לשיטתו שהיזק כקרקע כקרקע והוא הדין היזק שטר כשטר].

## המזיק שיעבודו של חברו

**במשנה בגיטין מ:** מופיעה מחלוקת בין ר"ג בדבר אדם שהיה לו עבד ועשאו 'אפותיקי' לבעל חובו, ואח"כ שחררו.
**דעת חכמים** שמן הדין אין העבד חייב כלום אך מפני תיקון העולם, כופין את רבו ועושה אותו בן חורין, וכותב שטר על דמיו.
**ולדעת רבן שמעון בן גמליאל אומר** : אינו כותב שטר אלא משחרר את העבד בלבד.
**נחלקו האמוראים** בהבנת המציאות עליה דיברה המשנה, ולאור זאת בהבנת מחלוקת ר"ג וחכמים :
**רב ביאר**שמדובר שהבעלים הראשונים של העבד, כלומר הלווה הוא זה ששחרר את העבד, וודאי שיש תוקף לשחרורו, אלא שמכוח תיקון העולם צריך המלווה אליו היה משועבד לשחררו בכדי שלא ייצא עליו שם שעדיין לא יצא לחירות מכוח שהוא משועבד. ונחלקו התנאים מי הוא זה שצריך להתחייב לשלם למלוה בעבור חובו שהופקע, האם זה הלווה, כלומר הבעלים הראשונים, שהרי הפקיע שעבודו, או שאין חיוב על הפקעת השעבוד, ולכן העבד הוא זה שייאלץ להתחייב לשלם על החוב.
[**עולא ביאר** ביאור אחר שאינו שייך לעניינו והוא, שהלווה מכר את העבד לאדם אחר, והמכירה אינה תקיפה מן הדין, ועל כן אף אם ישחררנו השני הוא נותר עבד ומחוייב מן המצוות, אך מכול מקום היות ושחררו ויצא עליו שם בן חורין, תקנו שישחררו הבעלים הראשונים, ונחלקו התנאים מי מחוייב לשלם את דמי החוב למלוה, האם העבד צריך לכתוב או המשחרר מכוח שהזיק בהיזק שאינו ניכר, עי"ש]
**התוספות נדרשו לשאלה** מדוע הגמרא לא תלתה את המחלוקת בדבר החיוב בהפקעת שעבוד חבירו, במחלוקת אם יש לחייב על 'דינא דגרמי'.
**וכתבו תוספות** שזאת משום שיתכן שאף הפוטר ב'דינא דגרמי' יחייב במקרה שהזיק שעבוד חבירו (ונסמכו על דברי הגמרא בב"ק לג: שיובא לקמן האומרת שאף הפוטר בשריפת שטר חבירו יתכן שיחייב במזיק שעבוד חבירו, הואיל ועשה מעשה בידיים, אך יש לדחות ששם מדובר דווקא כשחפר בורות שיחין ומערות אך לא פשוט שניתן לומר כן ביחס

למשחרר עבדו, כשם שהגמרא כתבה שם שאין לדמות שחיטת שור תם לשאר הזיק שעבוד חבירו, שבשחיטה הוא הוציא רק את רוח החיים מהבהמה, עי"ש).

**מדברי תוספות עולה** שפשוט שהשיטות המחייבות ב'דינא דגרמי' יחייבו במקרה של 'מזיק שעבוד חבירו'.

**ואכן הרא"ש כתב במפורש שהלכה כרשב"ג** שהמזיק שעבוד חבירו חייב שהרי אנו מחייבים ב'דינא דגרמי'.

**אף הרי"ף והרמב"ם**(חובל ז, יא)והרמב"ן פסקו שיש לחייב על המזיק שעבוד חבירו.

**אמנם הראב"ד כתב שדעת הרי"ף**(כנראה הייתה לו גירסא אחרת כן כתב הש"ך ודחה בזה את השגת המ"מ על הראב"ד, עי"ש)היא שאין לחייב על המזיק שעבוד חבירו, ואין לדמות בין זה לחיוב ב'דינא דגרמי', משום שבמזיק שעבוד חבירו, האדם מזיק בדבר השייך לו.

**בסימן קיז סעיף ו פסקו הטור והשו"ע כדעת הרמב"ם ו'דעמיה'** שיש לחייב על המזיק שעבוד חבירו.

**הש"ך (יב) הביא שכן פסק המהרש"ל,והביא שכן דעת ראשונים רבים** (ונראה שלכך נוטה דעתו להלכה).

**ומכול מקום הש"ך האריך ליישב את דברי הראב"ד** וביאר מדוע אין הכרח לפסוק כרשב"ג (עיין בדבריו).

**הקצות (ה) כתב שהש"ך נקט כדעת הראב"ד,** ונראה שזאת משום שהאריך ליישב דבריו, אך נראה שלא הכריע כן להלכה וכפי שהבאנו.

**עוד כתב הקצות** שאדף הראב"ד יודה שאם אחר שאינו שייך בממון הזיק שעבוד חבירו חייב, ולכן אם חפר בורות שיחין ומערות בשדה חבירו המשועבדת לאדם אחר חייב, והוא הדין אם שחט שור תם שהזיק (מקרים אלו יובאו לקמן בפיסקא הבאה

## השוחט שור תם שהזיק, אם חייב,ואם יש לחייב על היזק של קרקע משועבדת

**הגמרא בב"ק לג: דנה** בעניין שור תם שנגח, שהדין הוא שבעל השור משלם את החוב רק מגופו של השור תם.

**שם קובעת הברייתא**שעד שלא עמד השור בדין: 'מכרו - מכור, הקדישו - מוקדש, שחטו ונתנו במתנה - מה שעשה עשוי'.

**ומבואר בגמרא שהכוונה היא** שאם מכרו לאחר והשתמש בשור, הוא אינו צריך לשלם לניזק את השכירות של השימוש בשור, משום שהשור אכן נמכר לו. אך מתקשה הגמרא מהי הכוונה שאם שחטו- מה שעשה עשוי, והרי עדיין ניתן לגבות מן השור המת? וביארה הגמרא, שכוונת הברייתא היא שאינו מחוייב לשלם על ירידת ערכו של השור מכך שמת (פחת שחיטה).

**רב הונא בריה דרב יהושע למד מברייתא זו** שהמזיק שעבודו של חבירו פטור.

**הגמרא מתקשה** מה החידוש בדברי רב הונא בריה דרב יהושע, והרי זוהי מסקנה פשוטה העולה מברייתא זו?

**הגמרא משיבה** שהיה מקום לומר שדווקא במקרה זה פטור משום שלא נטל מהשור אלא את הרוח, אבל במקרים אחרים היינו חושבים שיש לחייב.

**הגמרא מקשה** שגם לגבי מקרים אחרים כבר אמר רבה שהשורף שטר חבירו פטור.

**משיבה הגמרא** שאף בזה היה לומר שדווקא שורף שטר פטור משום שלא שרף אלא שטר, אבל היינו חשבים שאם אדם היה מזיק שדה משועבדת והיה חופר בה בורות שיחין ומערות היה לנו לחייבו, והחידוש שאף בזה יש לפטור.

**לכאורה להלכה צריך להיות הדין** שמחוייב לשלם על פחת השחיטה, שהרי אנו פוסקים כרשב"ג שיש לחייב את המזיק שעבוד חבירו וכפי שהבאנו לעיל.

**ואכן תוספות בב"ק**(ק. ד"ה 'מחיצת') **ניסו לבאר** מיהו החולק על ר"מ ש'דן דינא דגרמי', וציינו לברייתא זו הפוטרת בפחת שחיטה, ויוצא שברייתא זו אינה נכונה להלכה.

וכן פסקו הטור והרמ"א (בלשון יש אומרים)בסימן תז שיש לחייב אף על פחת שחיט

**הרמב"ם**(חובל ח, ז) **והשו"ע**(סימן תז) לא הזכירו את החיוב לשלם על פחת השחיטה.

**אך הש"ך שם**(ס"ק ב) **כתב** שמוכרחים לומר שאף הם מודים בזה, והלחם משנה נשאר בצ"ע על הרמב"ם בזה עיין הערה[211].

---

[211]הלחם משנה שציין לכך שהרמב"ם בהלכות נזקי ממון [ח, ז] הביא את דברי הברייתא שאם שחט גובה הניזק מבשרו, ולא ציין לכך שמחויב לשלם על פחת הנבילה והבין הלח"מ שהרמב."ם סבר שפטור בזה, וקשה שהרי הרמב"ם מחייב במזיק שעבוד חבירו ובמרכבת המשנה ביאר שהרמב"ם סבר שלהלכה נכונים דברי הברייתא מטעם אחר, והוא שיש גזירת הכתוב מיוחדת שאינו משתלם אלא מגופו, וזאת אף על גב שהזיק שעבודו בידים, ודבריו צריכים ביאור שלא ברור כיצד הרחיב את גזירת הכתוב העוסקת בתשלומי היזק שורו אף למציאות בו האדם עשה לאחר מכן היזק נוסף בעצמו ופגע בשעבוד, ולי היה נראה שמרכבת המשנה התכוון לומר שלמדנו מן הפסוק שתשלומי היזקו של שור תם, אינם נמדדים בממון אלא נמדדים בגופו של השור התם, וכל עוד הוא לפנינו ויכול הניזק לגבות ממנו, איננו יכולים להגדיר שהניזק הפסיד בכך שירד ערכו, משום שהתורה חידשה שהחיוב לשלם אלא לפי דמים אלא מכוח מה שנמצא בשור, ועדיין אין הדברים נהירים לי כלל.

והעירני ר' מבורך טויטו שמדברי הרמב"ם נראה בפשטות שאכן יודה שיש לחייב על פחת שחיטה, והרמב"ם לא הביא את חידושה של דברי הברייתא בה אנו עוסקים, אלא דברי ברייתא אחרת שחידשה שאף כאשר שחט את השור, אנו

**כפי שעולה מן הגמרא,** נראה גם כן שלהלכה יש לחייב אף במקרה שחפר בורות שיחין ומערות בשדה המשועבדת לחבירו, שהרי להלכה אנו מחייבים כשמזיק שעבוד חבירו וכפי שיתבאר (זאת למעט דעת הראב"ד שהובאה לעיל, וכפי שציינו כתב הקצות שאף הראב"ד יודה במידה ואחר שאינו בעל השדה או השור הזיק).

## אדם שאינו שייך בממון והזיק שדה חבירו שנעשתה 'אפותיקי', אם מחוייב לניזק מדינא דר' נתן?

**הש"ך (יב) הביא את דברי המרדכי**(ב"ק סימן לא) **שכתב בשם רבינו מאיר** שאם הזיק אדם אחר שדה אפותיקי המשועבדת לחוב חייב לא רק מ'דינא דגרמי', אלא גם מכוח 'דינא דר' נתן', שהרי הוא מחוייב למשועבד משום שהזיק את שדהו, וההמשועבד מחוייב למלוה.
**הקצות (ה) כתב שדברי המרדכי קשים מאוד** שהרי ב'אפותיקי', הלווה אינו חייב כלום למלוה, שהרי המלווה יכול לגבות רק משדה האפותיקי, ובמידה והיא הוזקה הלווה פטור, וממילא לא שייך כאן כלל דינו של ר' נתן.
**הקצות ביאר שהנ"מ אם חייב גם מכוח דינו של ר' נתן או רק מכוח מזיק שעבוד חבירו,** היא לשיטות הסוברות שחיוב 'גרמי' הינו מדרבנן ופטור בשוגג וכן אין מחייבים את היורשים, ובזה יש נ"מ שאם החיוב הוא גם מכוח דינו של ר' נתן אין לפטור יורשים ושוגג.
**על פי דבריו אלו ביאר הקצות את דברי רבינו ירוחם** (נתיב לא חלק ב) שעליהם תמה הש"ך (ונאלץ לשנות את הגרסא): רבינו ירוחם כתב שאם היה אפותיקי מפורש הבעל חוב אינו גובה מן המזיק, כשם שאינו גובה משאר נכסים, ותמה על כך הש"ך שאדרבה ההיפך הוא הנכון שדווקא במקרה של אפותיקי מפורש יש לחייבו, הואיל וכעת הוא לא יוכל לגבות חובו ממקום אחר, אל כשהאפותיקי אינו ממפורש, לא הזיקו המזיק שהרי יוכל לגבות חובו משדה אחרת של הלווה.
**וכתב הקצות** שלפי דבריו מבוארים דברי רבינו ירוחם, שיש לפרש שרבינו ירוחם פטרו מכוח 'דינא דר' נתן' וזאת בניגוד למקרה שהזיק שדה שאינה 'אפותיקי מפורש' שבזה מחויב למלוה מכוח דינא דר' נתן.

## השורף חמץ נוקשה בפסח, אם חייב לשלם?

**הקצות (ז) הסתפק** האם יש לחייב את השורף נוקשה בפסח, שכרגע אינו שווה כלום, אך מותר להשהותו עד אחרי הפסח כמבואר בטור בסימן תמב.
**והסיק הקצות** שיש לפטור במקרה זה, משום שכעת אין לחמץ זה שוויות, ולמד כן מהגמרא בפסחים כט. שדנה האם יש לחייב את האוכל חמץ של הקדש בפסח, והספק שכעת אינו שווה כלום, אך ראוי לאחר הפסח שהרי אין איסור על ההקדש להשהות את החמץ לאחר הפסח, והגמרא תלתה דין זה בשאלה האם יש לחייב ב'דבר הגורם לממון', והרי אנו פוסקים כחכמים שדבר הגורם לממון אינו נחשב כממון ועל כן יש לפטור.
[עוד ע"ש שהאריך לדון בדעת ר"ש האם לשיטתו לעולם דבר הגורם לממון נחשב כממון או דווקא כשאינו בעין, והסיק שזה דווקא שכעת הדבר אינו בעין].
**על דברי הקצות הקשו האחיעזר** (יו"ד מו, אות ז)**והפרי יצחק** (ב, טו) שאין כלל הוכחה שיש לפטור במקרה זה מכוח 'דינא דגרמי' וכל ההוכחה היא שאין לחייב מכוח 'דבר הגורם לממון', אך עדיין יתכן שיש לחייב מדינא דגרמי, כשם שנאמר בגמרא בעניין השורף שטרות שאף אם ר"ש יודה שאין לחייבו מכוח דבר הגורם לממון, יש לחייב למי שדן 'דינא דגרמי', וציינו שניהם לכך שהקצות עצמו בסימן שד ס"ק ביאר עניין אחר באופן דומה שאך שהוא דבר הגורם לממון, יש לחייב מכוח 'דינא דגרמי' ע"ש.

לשון השו"ע:

**וכן השורף שטר חוב של חבירו, חייב לשלם כל החוב שהיה בשטר, שאע"פ שאין גוף השטר ממון, הרי גרם לאבד ממון, ובלבד שיודה לו המזיק ששטר מקויים היה וכך וכך היה כתוב בו ומחמת ששרפו הוא אינו יכול לגבות החוב; אבל אם לא האמינו, אינו משלם לו אלא דמי הנייר בלבד.**
(ומייריי שאין עדים שיודעים כמה היה כתוב בו, שאם היו עדים אינו חייב לו כלום, שהם יעשו לו שטר אחר, כמו שנתבאר בסימן מ"א) (טור):

# סעיף ג

## הזורק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות

לשון הגמרא בב"ק כו:

---

אומרים שגובה הניזק מגופו של שור, ובריתא זו לא עסקה כלל בכך שאין לחייב על פחת שחיטה, וזהו חידושה של הבריתא הנוספת, והרמב"ם לא הזכיר חידוש זה ולא כיוון לכך, ונראים דבריו וכדברי הש"ך שהובאו למעלה.

**ואמר רבה:** זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים או כסתות, בא אחר וסלקן או קדם וסלקן – פטור.

מאי טעמא? בעידנא דשדייה פסוקי מפסקי גיריה.

**רבה קובע** כי יש לפטור את הזורק כלי מראש הגג במידה ובאותו זמן של הזריקה לא היה צריך הכלי להנזק משום שהיו למטה כרים וכסתות, אלא שלאחר מכן בא אחר וסלקן או שקדם וסלקן.
**בפשטות נראה** שהכוונה היא שאף אם הוא עצמו סילק את הכרים הוא פטור, כן עולה מן הביטוי 'או קדם וסילקן', וכן פירש רש"י, וממילא עולה בפשטות שאין חיוב על הזריקה וגם לא על סילוק אחרים, ואין חילוק בזה בין מציאות שסילק אותו אדם שזרק או אדם אחר, משום שב2 המקרים ההיזק הינו בגדר 'גרמא' ולא היזק ישיר.
**נחלקו הראשונים** האם יש לקבל את דינו של רבה להלכה, או שהיות ואנו פוסקים למעשה שיש לחייב על 'דינא דגרמי' יש לחייב אף במקרה זה (כשם שלא קיבלנו דינים אחרים של רבה: שורף שטרות חבירו, זורק מטבע לים וכו')
**הרי"ף** (ב"ק יב.)כתב שלהלכה יש לחייב במרה שזה כשם שאנו מחייבים ב'דינא דגרמי'.
**התוספות** (ב"ק כו: ד"ה 'קדם וסילקו')**הביאו את שיטתו של הרי"ף**, אך הביאו שר"י חולק וסובר שיש לפטור במקרה זה, הואיל וזהו 'גרמא בנזיקין', ומבואר בתוס' בב"ב כב: שכאן יש להגדיר כ'גרמא' ולא כ'גרמי' משום שלא הזיק בידים.
הרמב"ם פסק (חובל פרק ז הלכות ז- ח) פסק לחייב בג' מקרים:

1. במקרה שבעל הכלי זרק את הכלי שלו לעבר כרים וכסתות ובא אחר וסילק את הכרים והכסתות חייב המסלק.
2. אם זרק על גבי כרים וכסתות של בעל כלי והסירם בעל הכלי, חייב הזורק.
3. אם זרק אדם כלי של חבירו לעבר כרים וכסתות, ובא אחר וסילקם, יש לחייב גם את הזורק וגם את המסלק.

הראב"ד השיג על פסיקת הרמ"א ב2 השגות:
**בהשגות הראשונה ציין לכך** שיש חולקים על שיטת הרי"ף והרמב"ם ופוטרים בכל המקרים הנ"ל כפשט דברי רבה.
בהשגתו השניה, כתב שאין שום סברא לומר שהזורק יתחייב, שהרי נפסקו חיציו, וגם לשיטת הרי"ף אין לחייב אלא את המסלק.
**לכאורה השגת הראב"ד** אינה מובנת שהרי הרי"ף דיבר בעניין הזורק ולא עסק כלל במסלק, שהרי רבה פטר את הזורק, ועל כך כתב הרי"ף שלהלכה יש לחייב.
וביאר הב"י שכנראה הראב"ד לא גרס בגמרא 'בא אחר וסלקן' אלא רק 'קדם וסלקן', והבין שרק במידה והזורק עצמו סילקן חייב מכוח הסילוק. (אף הטור השיג כהשגת הראב"ד וכך פירש הב"י גם בדבריו, יש לציין שאף הרמב"ן הסכים לדברי הראב"ד שלא חייב הרי"ף אלא את המסלק, ומפורש שגרס כגרסתנו ואעפ"כ הבין כן ברי"ף עיין בדבריו).
**המגיד משנה ביאר בדעת הרמב"ם** שסבר שרבה פטר דווקא את הזורק, אבל יתכן שאף הוא מודה שיש לחייב את המסלק, וכתב שהרמב"ם לא גרס 'או קדם', אלא רק במציאות שאחר זרק.
ולשיטת הרמב"ם הרי"ף הוסיף שלהלכה יש לחייב גם על הזריקה בלבד.
**השו"ע** פסק לחייב במקרה זה דווקא את המסלק, ולא התייחס לשאלה אם יש לחייב את הזורק.
**והרמ"א** הביא כאן את הדיעה הסוברת שיש לפטור בכל המקרים של רבה למעט המקרה של שורף שטרות חבירו, וכפי שהבאנו לעיל בסעיף א.

### סופר שטעה

**הר"ן** (חידושיסב"ב כא:)**כתב בשסרבינו יונה** שאם כתב סופר שטר ובתוכו כתב 'מנה' במקום 'מאתים' וגרם הפסד לבעל השטר, פטור מלשלם מכיוון שזהו נזק בגרמא בלבד.
**הרמ"א** הביא דין כאן.

## שליש שהחזיר שטר של הלווה למלוה לאחר שכבר פרע, ומה הדין כשהחזיר שטר שאינו פרוע ללוה

**הרשב"א בתשובה**(ג, עו) **כתב** שאם שליש החזיר שטר הלוואה למלוה שלא כדין פטור, שאינו אלא גרמא.
**הש"ך (כא) הביא שהמהרש"ך** (חלק א סימן כז) **הקשה על הרשב"א**שלכאורה זה ממש דומה לשורף שטרותיו של חברו שבזה אנו מחייבים.
**עוד הביא הש"ך שהמהר"י לבית הלוי** [כלל עשירי סימן פו (סימן לד)]**תירץ דבריו,**(ושם כתב: דבודאי שאני ושאני משורף שטרותיו של חבירו, משום דהתם הוא ניזוק מיד הואיל וממונו הוא ביד הלוה.. אבל הכא שהחזיר לו השטר...שאינו ניזוק מיד שעדיין ממונו בידו הוא, ואף על גב שלבסוף יהיה מוכרח מכוח חזרת השטר לפרוע פעם שנית ובדי הזיקא, מכול מקום הוא עדיין מחוסר מעשה גביית הממון ממנו, ואם כן לא הוי אלא גרמא בניזקין ופטור).
**וכתב הש"ך שדברי המהר"י לבית הלוי פשוטים.**
**וציין שגם מדברי המשאת בנימין**(סימן פה) **יש תירוץ** (ונראה שכוונתו לאותו תירוץ: שם ביאר המשאת בנימין מכוח תשובת רא"ש שיש לחלק בין מציאות שמוסר שטר פרוע למלוה לבין מציאות שמוסר שטר שאינו פרוע ללוה, שבזה יש לחייב

וזאת משום שבזה מזיק בפועל שלא יקבל את הכסף שצריך לקבל מהלוה, ולא כמו במציאות שמוסר שטר כבר פרוע למלוה שבזה רק מזיקו בגמרא שיצטרך לשלם שוב, עי"ש].

## המספר לגוי שמה שקנה מיהודי אינו שווה כל כך

**הדרכי משה(ג) הביא את דברי המהר"ם מריזבוקשכתב** שאם הציע ישראל למכור לגוי חפץ מסוים בסכום מסויים, ולקח הגוי את החפץ ממנו, ולאחר מכן הלך ישראל אחר לגוי וסיפר לו שהחפץ שווה פחות מהסכום שנקב הישראל הראשון, חייב הישראל השני לשלם לישראל הראשון את הסכום שהפסידו.

**הדרכי משה השיג על פסק זה** וכתב שלכאורה יש לפטור במקרה זה, משום שהנזק נעשה בדרך 'גרמא' בלבד.

**הדרכי משה הציע** שיתכן שהמהר"ם מריזבוק פסק כן, הואיל ובזמנם זהו היה היזק שכיח, ועל כן יש לחייב לפי השיטות שיש לחייב על כל גרמא מצוייה מדין קנס, ושזוהי ההגדרה של גרמא.

**הרמ"א הביא את דברי המהר"ם מריזבוק בזה הלשון**: י"א דבכל גרמא בנזקין, אם הוא דבר שכיח ורגיל, חייב לשלם משום קנס, ולכן יש מי שכתב דראובן שמכר מקח לעו"ג, ובא שמעון ואמר ליה לעו"ג שאינו שוה כל כך, חייב לשלם לו, ואפשר דכי האי גוונא הוי כמסור, דחייב, כדלקמן סי' שפ"ח'.

**לעיל בהקדמה לסימן זה הבאנו את דברי הש"ך (כד- כה) שהשיג על הרמ"א** וכתב שלא ניתן לחייב על גרמות שכיחות שאינם מוזכרים בש"ס 'דדוקא מילתא דמצינן בש"ס דקנסו אמרינן משום שהיה נראה להם דשכיח קנסו אבל בהא מאן לימא לן דשכיח הוא וכיון דדינא דגרמי אינו אלא קנסא דרבנן הבו דלא לוסיף עלה'.

**עוד כתב הש"ך(כה)על האפשרות שהציע הרמ"א שיש לחייב מדין מוסר,** שאין הדבר נראה בעיניו, זאת משום שמוסר מזיק ומחסר ממון, ואילו בנידון דידן אינו מפסידו ממון, שהרי הגוי ישיב לו את המקחו, ובעצם במקרה זה רק מנעו מלהרוויח.

**וציין הש"ך שמדברי מהר"ם מריזבוק עצמו עולה** שמדובר במקרה שהישראל לקח עור מישראל אחר, ולא סיכמו על מחיר, והיה צריך להשיב לו את הסכום שסיכם עם הגוי, וכבר נעשה המקח עם הגוי בעבור הסכום הגבוה, וכעת בא ישראל אחר ושכנע את הגוי לקחת את המקח בסכום נמוך יותר, ובזה הפסיד את הישראל שנתן את העור לגוי בסכום הפרש שיתחייב לתת לבעל העור המקורי.

**וכתב הש"ך שנראה שהרמ"א לא עסק במקרה זה,** שהרי לא הזכיר שזה שנתן את העור לגוי מחוייב לשלם מעות לבעל העור המקורי.

**אך כתב הש"ך** שמכול מקום צריך לומר שהרמ"א דיבר במציאות שהגוי כבר סיכם על סכום וכעת רוצה להשאיר את המקח אצלו ולשלם פחות, אך במידה ורוצה הגוי לבטל את כל המקח, ודאי שאין בזה הפסד כלל.

## גוי שהיה חייב לישראל והציע ישראל אחר לגוי הלוואה בריבית נמוכה יותר

**כתב רבינו ירוחם**(נתיב לא חלק ב) שאם ראובן הלוה לגוי מעות ברבית, ובא שמעון והציע לגוי הלוואה בפחות, ופרע לראובן- שמעון אינו חייב לשלם לו כלום, שהרי אין הזקו ברור, ודימה זאת למבטל כיסו של חבירו, וכתב שמכול מקום ראוי לקרותו רשע כדין הלוקח חררה מעני שהפך בה, **וכן פסק הרמ"א.**

## ישראל שמכר לגוי, ואח"כ מכרו ישראל אחר בזול יותר, וע"י כך ביטל הגוי את המקח הראשון

**הסמ"ע (י) עסק במעשה** בגוישקנה בקנין יי"ש מיהודי, ולאחר מכן הלך ליהודי אחר לקנות הימנו ביותר זול. וכשהרגיש היהודי הראשון בדבר, שלח ליהודי השני לבל ימכור יי"ש לנוכרי פן יבטל הלה את מקחו הראשון. היהודי השני לא שת ליבו לדבריו ומכר יי"ש לגוי והגוי ביטל את המקח הראשון.

**הסמ"ע פסק** שהיהודי השני פטור,ואין זה דומה לדין 'מערופיא' שיש מחייבים בסימן קנו, וזאת משום שהגוי בא אליו, וגם שלא היה לשני שום ודאות לכך שהגוי יבטל את המקח הראשון, ויתכן שהוא צריך כמות גדולה של יי"ש.

לשון השו"ע:

**וכן הזורק כלי שלו מראש הגג, והיו תחתיו כרים וכסתות שאם יפול עליהם לא ישבר, וקדם אחר וסלקם, ונחבט הכלי בארץ ונשבר, חייב המסלק; וכן כל כיוצא בזה.**

הגה: וי"א דזה מקרי גרמא בנזקין ופטור.

וכן בדוחף מטבע של חבירו או פחת צורתה, פטור, דהוי גרמא בנזקין.

ולכן אפילו זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות, וקדם בעצמו וסלקו, אפ״ה פטור, דעל הזריקה לא מיחייב דלא היו ראויים לישבר, ומה שסלקן הוי גרמא בעלמא (טור בשם הרא״ש ור״י פ׳ לא יחפור).
סופר שכתב שטר וכתב מנה במקום מאתים, או המזיק לחבירו בעצתו שיעץ לו, או שליש שהחזיר שטר שלא היה לו להחזיר, כולם פטורים, דלא היו אלא גרמא בנזקין. מיהו משמתינן ליה עד דמסלק היזיקא. וכן בכל גרמא בניזקין (תשו׳ רשב״א סי׳ אלף נ״ב ותשובת רמב״ן סי׳ ר״מ ור״י ונ״י פ׳ לא יחפור).
יש אומרים דבכל גרמא בנזקין, אם הוא דבר שכיח ורגיל, חייב לשלם משום קנס (תוס׳ פרק לא יחפור בשם ריצב״א).
ולכן יש מי שכתב דראובן שמכר מקח לעו״ג, ובא שמעון ואמר ליה לעו״ג שאינו שוה כל כך, חייב לשלם לו (מהר״ם מריזבורג). ואפשר דכי האי גוונא הוי כמסור, דחייב, כדלקמן סי׳ שפ״ח.
ראובן שהלוה מעות לעובד כוכבים על משכונות, ובא שמעון ואמר לעובד כוכבים להלות לו בפחות, והחזיר לראובן מעותיו, פטור, דהוי גרמא בנזקין, מיהו מקרי רשע (רבינו ירוחם נל״א ח״ב). וע״ל סי׳ קנ״ו ס״ה. דין (נ״י המבטל) המגביה כיסו של חבירו, ע״ל סימן רצ״ב.

## סעיף ז

### הזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושיברו במקל

לשון הגמרא בב״ק יז :

**בעי רבא:** דרסה על כלי ולא שברתו, ונתגלגל למקום אחר ונשבר, מהו? בתר מעיקרא אזלינא וגופיה הוא, או דלמא בתר תבר מנא אזלינא וצרורות נינהו?

**תפשוט ליה מדרבה, דאמר רבה:** זרק כלי מראש הגג, ובא אחר ושברו במקל - פטור, דאמרינן ליה: מנא תבירא תבר!

לרבה פשיטא ליה, לרבא מבעיא ליה

**הגמרא מביאה את ספיקו של רבה** במקרה שבהמה דרסה כלי וגלגלתו למקום אחר ונשבר שם, האם יש לחייב את בעל הבהמה בנזק שלם כדין היזק רגל שהרי מהרגע שהבהמה בעטה בכלי כבר יש להחשיבו כשבור (׳בתר מעיקרא אזלינן׳), או שיש לחייב חצי נזק כדין בהמה המתיזה צרורות ומזיקה דבר אחר, וזאת משום שאף במקרה זה הוזקה הכד רק לאחר שהתיזה הבהמה, והוזקה מכוחו בלבד (׳בתר תבר מנא׳).
**הגמרא מתקשה** מדוע הסתפק בזה רבא והרי רבה כבר פשט ספק זה בנוגע לדין אחר, ופסק שאם זרק אדם כלי מראש הגג, ובא אחר ושברו באוויר על ידי מקל, האחר פטור משום שהוא שבר כלי שבור.
**ההבנה הפשוטה בדברי רבה היא** שהוא הכריע שיש ללכת ׳בתר מעיקרא׳, ולכן הראשון הוא זה שחייב, משום שמהזריקה אנו מגדירים את הכלי כשבור, וממילא האחר לא הזיק כלום משום שהכלי כבר נחשב כשבור.
**אמנם הרמב״ן**(מלחמות)**ביאר בדעת הרי״ף** שהבין להיפך שרבה הכריע שיש ללכת ׳בתר תבר מנא׳, ולכן פשוט שהזורק אינו חייב, אלא שחידש רבא שאין לחייב גם את השובר לבסוף משום שסוף כל סוף הוא שבר כלי שאין לו שוויות שהרי הוא עתיד להשבר, ולכן יש לפטור הן את הזורק והן את שובר.
הגמרא מסיקה שאמנם לרבה היה פשוט ספק זה, אך רבא עדיין הסתפק בזה.
**הרי״ף** (יא:) הביא את דברי רבה בלבד, ומשמע שפסק כמותו.
**אמנם המאור כתב** שדין זה נותר בספק, הואיל ורבא שהוא ׳בתראי׳ מסתפק בזה,ולכן יחלוקו וזאת על אף שבפסק רגיל איננו אומרים שיחלוקו, אך כאן יש לומר כן הואיל ורבה פוטר לחלוטין (יתכן שכוונתו לעניין הצרורות שבזה רבה מחייב, משום שהולכים בתר מעיקרא, אך במקרה דנן יש לפטור שהרי רבה פשוט שפטור, או שכוונתו שיחלוקו הזורק והניזק, הואיל ורבה מחייב אותו, וצ״ע).
**אף הריטב״א כתב בשם רבו** שדין זה נותר בספק, אך כתב על פי זה שאין להוציא מן המוחזק. (אף הר״ח כתב שדין זה נותר בספק)
**אמנם הרמב״ן** (מלחמות) **צידד ברי״ף** שיש להכריע כרבה, הואיל ואין ספקו של רבא מוציא מידי ודאי של רבה.
**הטור והשו״ע פסקו** שיש לפטור את השוברולחייב את הזורק וכדעת רבה על פי הבנת רוב הראשונים (שלא כרמב״ן).

## זרק בעל הכלי מראש הגג ובא אחר ושברו

**רש"י ביאר את דברי רבה** במציאות שהזורק את הכלי, הוא בעל הכלי בעצמו, ויוצא שאם הינו הולכים 'בתר תבר מנא' היינו מחייבים את השובר גם במקרה זה.
**הרא"ש כתב** שרש"י ביאר כן בכדי לבאר מדוע רבה לא אמר מה דינו של הזורק.
**הרא"ש השיג על פירושו של רש"י,** וכתב שפשוט שבמקרה זה אין לחייב את השובר, משום שבעל הכלי איבד את הכלי שלו מדעת.

## הזורק אבן או חץ על כלי

**תוספות**(יז: ד"ה 'זרק')**כתבו** שאין לדמות את הזורק כלי מראש הגג ובא אחר ושברו, למקרה שזורק אבן על כלי ובא אחר ושברו, ובמקרה של 'זורק אבן על כלי' יש לחייב את מי ששיבר בפועל, והוכיח כן מדין צרורות, שלעולם עוסק במקרה שהבהמה הזיקה על ידי צרור שמזיק דבר אחר, ואיננו מחייבים אלא חצי נזק.
**הש"ך(כח) הביא את דברי תוספות וכתב** שכדבריהם כתבו הנמו"י בשם הר"א, הגהות מיימונית (חובל פרק זה) ומהרש"ל(ים של שלמה ב"ק פרק ב סימן ד).

**הקצות (א) בסימן שצ דייק מדברי הרא"ש**(ב"ק פרק ב סימן ב) שלא סובר כחילוק זה. דיוקו הוא מכך שהקשה מדין זה על הדין שבמידה והתיזה פרה ברה"ר והזיקה ברה"י יש לחייב כדין נזק שהוא ברה"י, והקשה מדוע לא אומרים שיש ללכת בתר מעיקרא, ולפי תוס' אין מקום לקושיא, שהרי מדובר בזריקת דבר, על דבר המזיק.
**הקצות דחה את ראיית התוס'** מכך שאנו מחייבים רק חצי נזק בצרורות, וביאר שזוהי הלכה למשה מסיני לחייב רק חצי נזק, אע"פ שנחשב שבור מתחילה.

לשון השו"ע:

**הזורק כלים מראש הגג, ואין תחתיהם כרים וכסתות, ובעודם באויר בא אחד ושברם במקל, הזורק חייב והמשבר פטור, דחשבינן ליה כשבור משעה שזרקו:**

# סימן שפז

## שמין השברים לניזק ומשלם לו עליהם, ובו סעיף אחד:

## סעיף א

לשון השו"ע:

**שמין למזיק בידו, כדרך ששמין לו אם הזיק ממונו.**
**כיצד? הרי שהרג בהמת חבירו או שבר כליו, שמין כמה היתה הבהמה שוה וכמה הנבילה שוה, וכמה היה הכלי שוה והוא שלם וכמה שוה עתה, ומשלם הפחת לניזק עם הנבילה או הכלי השבור, כדרך שנתבאר בשורו שהזיק, בסימן ת"ג.**

כן פסק הרמב"ם בהלכות חובל פרק ז הלכה טו.

### חובת התשלום בנזק- כפי השווי בעולם, או כפי שעולה לתקן את הנזק?

**הנה יש לעיין** מה הדין במציאויות בהם הנזק אינו יוצר פחת בשוויות הכוללת של החפץ, האם לא יהיה מוטל על המזיק לשלם את דמי תיקון החפץ.
**האור לציון בחו"מ סימן ד הביא שהחפץ חיים למד מסוגיא זו,** שאכן במקרה זה לא תהיה חובת תשלום.
**אמנם החזו"א**(ב"ק ו, ג) כתב שכל גדר זה אמור ביחס לדברים העומדים למכירה, אך בדבר שאינו עומד למכירה, ודאי שעניין התשלום, היא החזרת המצב לתיקנו.
**החזו"א מאריך בראיות לדבריו, ומבסס את שיטתו גם על דברי הש"ך בסימן צה**(ס"ק יח, וכן אצלינו בקצרה ס"ק א) שמניח בפשטות שיש חיוב על המזיק לתקן את הנזק, וביאר שכל גדר זה נאמר במציאות שלא ניתן לתקן, שבזה המדד הוא לפי הפחת.
**יש לציין לדברי הנתיבות בסימן קמח ס"ק א שכתב** שאם הזיק דבר שאינו שווה כסף לשאר העולם אינו מחוייב לשלם.
**והיה ניתן להבין מדברי הנתיבות הללו כשיטת החפץ חיים** 'ודעימיה' שהחיוב נסוב לעולם סביב השווי בעולם, ולא סביב השבת החפץ לקדמותו.
**אמנם הרב שלמה זלמן אויערבך** (מנחת שלמה תנינא סימן קלה) **ביאר** שאף הנתיבות יודה שיש למוד את החיוב בתשלום לפי השבת החפץ לקדמותו, וכל חידושו של הנתיבות הוא שבדבר שאינו שווה כלל לשאר העולם, לא מתחיל כלל חובת התשלום משום שאין זה נחשב שהזיקו ממון
[להרחבה בעניין עיין בסיכומיו של ר' עקיבא גרין לסימן זה ובמאמרו של הרב בלס בתחומין (כרך יג עמ' 388)].

# סימן שפח
## דין ניזק נשבע ונוטל ובו טז סעיפים:
## סעיף א

### תקנת הנגזל במזיק

**תקנת הנגזל**, זוהי תקנה בה תקנו חכמים שבמידה וידוע ע"י עדים שנכנס אדם וגזל מחבירו, נאמן הנגזל בשבועה לומר כמה גזלו (כן מבואר בשבועות מד:).

**בסעיף זה נדון בהרחבתה של תקנה זו ביחס למזיק את חבירו**, ונפתח בדברי המשנה בב"ק סא:

**המשנה מביאה מחלוקת תנאים בין ר' יהודה לחכמים** בדבר המדליק את הגדיש והיו בו כלים ודלקו:

**לדעת חכמים** (עפ"י שיטת רבא שם)**:** אם הדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בשל חבירו, והיו טמונים דברים בתוך גדישו של חבירו, השורף פטור על אותם דברים, הואיל וחכמים פוטרים בנזקי טמון באש. אבל אם שרף בשל חבירו, חייב אף על מה שהיה בתוכו ואין בו פטור טמון, ובזה יש חילוק בין שורף גדישו לשורף ביתו, שבשורף ביתו חייב על כל מה שהיה בבית, הואיל ודרך להטמין כל דבר בבית, אבל בשורף גדישו אינו חייב אלא על מה שדרך אנשים להטמין בגדיש.

**ור' יהודה חולק עליהם בב' דברים:** לדעתו יש לחייב על טמון גם במדליק בתוך שלו, וכן יש לחייב במדליק בשל חבירו אף בדברים שאין דרך להטמין שם.

**ממשיכה הגמרא ואומרת** שלדעת ר' יהודה שיש לחייב בטמון באש, תקנו בו כתקנת הנגזל, ויכול הניזק להשבע כמה היה לו בתוך הגדיש וליטול.

**וכתבו תוספות** (ד"ה לר' יהודה) שאף חכמים מודים שעשו תקנת הנגזל במה שהם מחייבים, כלומר במקרה ששורף בביתו של חבירו (וביארו שהסיבה שנקטההגמרא דין זה דווקא לדעת ר' יהודה, זה לרבותא שאפילו על ארנקי בגדיש עשו תקנת הנגזל).

### נאמנות הניזק לומר שהיה דבר שאין דרך להניח שם בשורף ובזורק כיס חבירו

עוד כתוב שם בגמרא:

ההוא גברא דבטש בכספתא דחבריה, שדייה בנהרא, אתא מריה ואמר הכי והכי הוה לי בגוה.

יתיב רב אשי וקא מעיין ביה, כי האי גוונא מאי?

**א"ל רבינא לרב אחא בריה דרבא, ואמרי לה רב אחא בריה דרבא לרב אשי:** לאו היינו מתניתין, דתנן: ומודים חכמים לר' יהודה, במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכו, שכן דרך בני אדם להניח בבתים?

**אמר ליה:** אי דקא טעין זוזי הכא ומי, הכא (במאי עסקינן) דקא טעין מרגניתא, מאי? מי מנחי אינשי מרגניתא בכספתא, או לא? תיקו.

**הגמרא התלבטה בדבר מקרה** שזרק אדם את כספתו של חבירו בנהר, והייתה שם מרגלית, ונותרה הגמרא בספק בעניין דין זה.

**לאור זאת פסקו הראשונים** שאין לחייב את המזיק על המרגנית, משום שאין מוציאים ממון מספק (ולקמן נתייחס לשאלה, אם מועילה תפיסה במקרה זה).

**נחלקו הראשונים** במה נסתפקה הגמרא, האם הספק הוא אם יש לחייב במקרה שלא היה למטמין להניח שיהיה שם חפץ כזה, או שכל הדיון הוא לגבי היכולת של הניזק לטעון שהיה שם דבר שאין דרך להטמין שם, אך ודאי שבמידה והיה שם יש לחייבו.

**בעניין זה יש ג' שיטות בראשונים:**

1. **תוספות סברו** שהספק הוא האם יש לחייב את הזורק תיבה על המרגנית הואיל ודרך להניח שם מרגנית או שיש לפוטרו משום שאין דרך להניח שם, וכשם שפטרו חכמים לגבי אש.
(תוספות מתייחסים לכך שיש לכאורה גמרא כנגד הסבר זה, שהרי מבואר לעיל שפסק רבה שהנותן דינר זהב לאשה, ואמר לה הזהרי בו של כסף הוא, והזיקתו - משלמת דינר זהב, זאת משום שהמזיק טוען כלפיה שלא היה לה להזיק מטבע זה, ולכאורה אף בנידו דידן יש לחייב את הזורק כספת של חבירו על כל תכולה, על אף שלא היה לו לדעת משום שלא היה לו להזיק.
ותירצו תוספות שיש לומר שבמקרה זה, היה לה להניח שיתכן שהמטבע הינו זהב ולא כסף, ולא אמר לה כן מחשש שלא תרצה לשמור עליו).
2. **הרשב"א ביאר** שהספק הוא רק לגבי נאמנותו של הניזק: אם נאמן לטעון שהיה שם מרגנית ולחייב את המזיק על ידי שבועת הנגזל, או שלא ניתן לחייבו. וביאר הרשב"א שאין לדמות זאת לדין המשנה לגבי השורף בשל חבירו שאינו מחוייב על דברים שאין דרך להניח שם , משום ששם הוא אינו מזיק בידים, אבל במקרה שהוא מזיק בידיים, ודאי שיש לחייב, אף אם לא היה לו להעלות על דעתו שיש שם מרגנית.

3. **הרמב"ן** (מלחמות ד' ב"ק כו:)סבר אף הוא כרשב"א שהספק הוא רק על נאמנותו של הניזק, אך וודאי שבמידה שהיה שם מרגנית יש לחייב. אלא שבניגוד לרשב"א סבר הרמב"ן שאף בשורף גדיש של חבירו יש לחייב גם על דברים הטמונים שאין דרך להניחם שם, ומה שפטרו חכמים שם הוא רק מפני שאין להאמין לניזק שאכן אותם הדברים היו שם ואין לחלק בין השורף גדיש לזורק כספת.

**דעתו של הרמב"ם** (חובל פרק ז הלכה יח) **בעניין זה צריכה ביאור**, משום שבתחילה כתב שאם אין דרך להניחם שם, הניזק פשע בעצמו, ומשמע שסבר כתוספות שהיות ופשע בעצמו יש לפטור את המזיק אף אם ודאי היה שם מרגנית, אך בהמשך כתבשאם 'טען הניזק שמרגליות היו בתוכן אינו נאמן ואין משביעין אותו על כך שאין דרך בני אדם להניח מרגליות בסלים ובחמתות' ומשמע שהסיבה שאין לחייב את המזיק היא משום שאיננו מאמינים לניזק, אך אם היה ברור שהיה שם מרגליות יש לחייב את המזיק. (יש לציין שבעניין שורף בשל חבירו סבר הרמב"ם שיש לפטור על דברים שאין דרך להניח שם [עין נזקי ממון פרק יד הלכה ח וכן בהמשך] וא"כ פשוט שאין שדעתו כרמב"ן)

עוד יש לציין שהמ"מ ביאר שהרמב"ם הבין בניגוד לשאר ראשונים שפשוט שאין דרך להניח מרגלית ב'כספתא' ואעפ"כ יש ספק אם נאמן הניזק לומר שהניח שם, אמנם לי צ"ע בזה שהוא כנגד לשון הגמרא ויתכן שאף הרמב"ם מודה שזהו הספק, אלא כתב שאין דרך להניח שם על פי הצד שיש לפטור, אך באמת הסיבה שמועילה תפיסה היא לפי הצד השני וצ"ע).

**הש"ך (ד) נדרש לעניין זה ובתחילה ביאר** שצריך לומר שאף אם יבואו עדים לא יתחייב וכפי שמדויק מתחילת דברי הרמב"ם, ומה שכתב הרמב"ם 'אינו נאמן' הכוונה שאינה מועילה שבועתו.

**אך הביא הש"ך שהמגיד משנה והמהרש"ל** (ים של שלמה פרק ו סימן לב) **סברו** שאם יבואו עדים, יתחייב לשלם. הש"ך כתב שלדבריהם צריך לומר שמה שכתב הרמב"ם 'הוא פשע בעצמו' כוונתושפשע בעצמו בזהשהעולם לא יאמינו לו שעשה כן.

**בסימן צ דייק הש" ך)טו)** מלשון הטור כדעת המגיד משנה והמהרש"ל משום שנקט בלשון 'אינו נאמן'[212]

**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם.**

**הרמ"א הביא את דברי תוספות** (שאף אם יתברר שהיה שם מרגלית אין לחייב) **בלשון 'יש אומרים' .**

**ודייק הש"ך מדבריו** שאף הוא הבין בדעת הרמב"ם כמ"מ וכמהרש"ל שלשיטתו במידה ויתברר שאכן היו עדים, יש לחייב, שהרי הציג את שיטת תוספות כחולקת על הרמב"ם.

## האם מועילה תפיסה בזורק כספת שטוען הניזק שהיה שם מרגלית?

**הבאנו לעיל** שהגמרא נשארה בספק אם יש לחייב זורק כספת כשטוען הניזק שהיה שם מרגלית, ולאור זה פסקו הראשונים שמספק אין לחייב (ונחלקו אם זה רק כשאיננו יודעים אם אכן היה, או אף כשידוע שאנו יודעים, ע"ש).

**לאור זאת פסק הרמב"ם** שאם תפס הניזק בסכום המרגלית אין מוציאים מידו, וזאת לאור שיטתו שמועילה תפיסה ב'ספיקא דדינא'.

**והטור כתב בשם הרא"ש** שלא מועילה תפיסה במקרה זה, וזאת לאור שיטתו הכללית שלא מועילה תפיסה ב'ספיקא דדינא'.

**וכתב הש"ך (ח)** שכל הדיון הוא רק במידה והתפיסה נעשתה בעדים, אך אם היא נעשתה שלא בעדים, פשוט שהיא מועילה שהרי נאמן במיגו שיכל לומר שזה שלו וכו'.

**הקצות (א) העיר** שלפי ביאור תוספות הספק אינו עוסק במימד הראייתי, אלא בשאלה אם ניתן לחייב במציאות זו בכלל, ולפי זה אין לחלק בין תפיסה בעדים לתפיסה שאינה בעדים.

**הדגול מרבבה**(הובא בפת"ש [א]) **כתב** שאכן הש"ך כתב כן לשיטתו שהכריע כביאור הרשב"א בעניין זה שהספק הור רק בעניין המימד הראייתי.

## האם ספק הגמרא הוא דווקא לגבי מקום שרגילים להניח בו כסף?

**הרמב"ם ובעקבותיו השו"ע כתבו** שספק הגמרא מוסב גם על מציאות שזרק המזיק סל, וטוען הניזק שהיה בו מרגלית.

**אמנם הש"ך (ה) הביא שהמהרש"ל**(ים של שלמה ב"ק ו סימן לב) **השיג על הרמב"ם בזה וכתב** שבמקרה זה פשוט שהניזק אינו נאמן שהרי אין דרך להניח שם מרגלית, וכל הספק או רק במקום שהדרך להניח שם כסף, והשאלה היא אם רגילים להניח שם גם מרגלית.

[ונראה שהרמב"ם לשיטתו ששסבר שפשוט שאף ב'כספתא' אין הדרך להניח שם מרגלית, ואע"פ כן הסתפקה הגמרא אם נאמן הניזק לומר שהניח שם, ונראה שדווקא כשהאדם אמוד בכך שתהיה לו מרגלית הסתפקה הגמרא אם נאמן לטעון שהניחה אף במקום שאין הדרך, אך כשאינו אמוד בכך פשוט שאינו נאמן וכפי שעולה בגמרא אך זהו דוחק ועיין סמ"ע (ג) שניסה לבאר כיצד מתיישבים דברי הרמב"ם בגמרא ולא זכיתי להבין אלא אם כן לא גרס את המילים 'או לא' עיין ודוק ).

## האם נאמן הניזקלטעון שהיה בביתו דבר שאינו אמוד בו?

**עוד כתוב בגמרא שם:**

[212] בסיכומינו לסימן צ ציינו לסתירות בדברי הש"ך, ע"ש.

א"ל רב יימר לרב אשי: טעין כסא דכספא בבירה, מאי? אמר ליה: חזינא, אי איניש אמיד הוא דאית ליה כסא דכספא, אי נמי איניש מהימנא הוא דמפקדי אינשי גביה - משתבע ושקיל, ואי לא - לאו כל כמיניה

**מהגמרא עולה**, שהניזק אינו נאמן לטעון שהיה לו בבית דבר שאינו אמוד בו, אך נאמן במקרה שהוא אדם נאמן שרגילים להפקיד אצלו דברים יקרים מעין אלו, **וכן פסק השו"ע**.

## האם תקנו תקנת הנגזל במזיק בפשיעה או במזיק בשוגג?

**המרדכי** (ב"ק סימן סה)**כתב בשם ראבי"ה** שיש ללמוד מהגמרא בעניין זורק מרגלית לים, שתקנו תקנת הנגזל לכל 'מי שמפסיד ממון לחבירו בפשיעתו ויש לו עדים שאיבד ע"י ממונו או בידו או ע"י פשיעתו שישבע כמה הפסידו ויטול'.

**המהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק ו, לב)**השיג וכתב** שנראה שלא עשו תקנת נגזל, אלא כעין נגזל, שמזיק בידים, אבל בפשיעה, לא משום שאינו מזיק בידים לא.

**עוד כתב המהרש"ל** שאף אם הזיק בידיים בשוגג לא תקנו תקנת הנגזל.

**הש"ך (ב) כתב** שנראה עיקר כדעת הראבי"ה אך פירש בדבריו שמה שהתכוון מזיק בפשיעה הכוונה שלא הזיקו ממש בידיים אל א דחפו למים.

**ומכול מקום הסכים הש"ך לדברי מהרש"ל** שלא תקנו תקנת הנגזל במזיק בשוגג, וזאת אף במידה שהזיק בידיים ממש, וכתב שנראה שאף הראבי"ה יודה לזה.

## האם עשו תקנת הנגזל במזיק שטוען שיודע בוודאות כמה הזיק?

**הרמב"ם והשו"ע כתבו**: 'המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק. נשבע הניזק ונוטל', ומשמע שבמידה והמזיק טוען שיודע בוודאות כמה הזיק, לא ניתן לחייבו יותר אף במידה והניזק טוען שהוזק ביותר.

**וכן דייק הש"ך (א) וציין לדבריו בסימן תיח ס"ק ז** שם הביא את דעת המ"מ והסמ"ע בעניין שורף גדיש חבירו, שנאמן הניזק לטעון בשבועה כמה הזיקו אפילו כנגד טענת ברי של המזיק, וביאר שלשיטתם יש לחלק בין מציאות שיש עדים על גוף הנזק שבזה מועילה טענת הניזק בשבועה אף כנגד טענת ברי של המזיק, לבין מציאות שאין עדים על הנזק, שנאמן המזיק במיגו שיכל להכחיש את ההיזק, ובזה דיברו הרמב"ם והשו"ע אצלינו.

**אמנם הש"ך כתב שלדעתו נראה** שלעולם לא תקנו תקנת הנגזל במזיק שטוען בוודאות שיודע כמה הזיק וכפי שמבואר אצלינו.

## מה הדין כשהמזיק מודה שהזיק מעות ואינו יודע כמה?

**הרמב"ם** (חובל ומזיק פרק ז הלכה יט) **כתב** שבמידה והמזיק מודה שהזיק מעות ואינו יודע כמה, נוטל הניזק בלא שבועה, שהרי המזיק הוא מודה במקצת ומחוייב שבועה ומתוך שאינו יכול להשבע משלם.

**הראב"ד השיג על הרמב"ם וכתב** שאין לחייבו שבועה והפנה לדבריו בהלכות פקדון פרק ה הלכה ו שם הביא ב' סיבות לכך:

א. משום שדין 'מתוך' שאינו יכול להשבע –משלם' אינו שייך במציאות שלא היו לו לדעת.

ב. הודאה שאינה בדבר שבמידה ובמשקל אינה נחשבת הודאה.

[מחלוקת זו התבארה אצלינו בהרחבה בסיכומינו לסימן צ סעיף י].

**השו"ע פסק כאן כדברי הרמב"ם** שנוטל הניזק בלא שבועה.

**הרמ"א הביא את דעת הראב"ד בלשון 'יש אומרים'**, והכריע שהעיקר כדבריו.

**הש"ך (י) הפנה לדבריו בסימן עב ס"ק נא** שם הכריע כדעת הרמב"ם שדין 'מתוך' שאינו יכול להשבע- משלם' שייך אף במציאות שלא היה לו לדעת, וכתב שגם כאן העיקר כדעת הרמב"ם.

## דרך אנשים להניח ארנק בשק בשבת וביום טוב

**כן כתב המרדכי** (ב"ק סימן סה)**וכן פסק הרמ"א.**

לשון השו"ע:

**המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק, נשבע הניזק ונוטל.**

**כיצד?**

**לקח כיס חבירו והשליכו למים או לאש או שמסרו ליד אנס, ונאבד, בעל הכיס אומר: זהובים היה מלא, והמזיק אומר: איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל. והוא שיטעון דברים שהוא אמוד בהם או אמוד להפקידם אצלו ודרכן להניחם בכיס וכיוצא בו.**

(ארנקי בשק, אם הוא שבת ויו"ט, מקרי דרכו בכך, וכל כיוצא בזה) (מרדכי פרק הכונס).
**אבל אם אין דרכם להניחם בכלי זה, הוא פשע בעצמו** (ופטור המזיק).
**כיצד?**
**הרי שחטף חמת או סל מלאים ומחופים והשליכם לים או שרפם, וטען הניזק שמרגליות היו בתוכם, אינו נאמן.**
(וי"א דאפילו היו עדים שהיו שם, פטור, הואיל ופשע, כמו שנתבאר) (המגיד פ"ז דחובל בשם תוס'). **ואם תפס, אין מוציאין מידו.**
(ויש חולקין) (טור בשם הרא"ש).
**וישבע שמרגליות היה בתוכם, ונוטל מה שיש אצלו, וכן כל כיוצא בזה.**
**ואם ידע המזיק שהכיס היה בו זהובים, אבל אינו יודע כמה היו, אם הניזק אומר: אלף, נוטל אלף בלא שבועה, והוא שיהיה אמוד, שהרי המזיק מחוייב שבועה ואינו יכול לישבע.**
(וי"א דנשבע הניזק ונוטל, וכן עיקר) (טור סימן צ' בשם הראב"ד והמגיד פרק הנ"ל והרא"ש).

## סעיפים ב- ז

### חיובו של מוסר כשעשה מעשה וכשלא עשה מעשה

**בסעיף זה נלמד** על חיובו של המוסר ממון חבירו.
**דינו של המוסר מתבאר מן המשנה בב"ק קטז:** שם נאמר: 'הגוזל שדה מחבירו ונטלוה מסיקין, אם מכת מדינה היא - אומר לו הרי שלך לפניך. אם מחמת הגזלן - חייב להעמיד לו שדה אחר'.
**הגמרא מבארת** שמה שאמרה המשנה 'אם מחמת הגזלן- חייב וכו' הכוונה שאותו אדם שמע שבית המלך מבקשין לגזול שדות והראה להם שיקחו שדה זו.[לשון הגמרא: 'אחוי אחווי']. ומבואר ברש"י שנקרא גזלן מפני שמסר את השדה לבית המלך.
**הגמרא בהמשך בדף קיז:** מתארת סיפור על אדם שהראה לאנס ליטול תכשיט משי של חבירו '[מטכסא'] והפנו האמוראים את הניזק לר' שמעון בן אליקים ורבי אלעזר בן פדת שמחייבים ב'דינא דגרמי', והם חייבו אותו מכוח המשנה בב"ק קטז: וכפי העמדת הגמרא שמדובר במוסר קרקע לבית המלך.
**מגמרא זו עולה** שסיבת החיוב במוסר היא מכך שהזיקו ב'דינא דגרמי'.[ כן עולה במפורש גם מן הגמרא בב"ק סב. שהסתפקה אם עשו תקנת נגזל במסור, וביארה הגמ' שספק זה נכון רק למחייבים ב'דינא דגרמי' משום שהפוטרים ב'דינא בגרמי' לא מחייבים כלל את המסור].

### חיובו של מוסר מן הדין או מקנס- נ"מ בעניין חיובם של היורשים

**בגמרא בב"ק קטז:** מובא שרב נחמן חייב את המוסר, והסתפק רב הונא האם חיוב זה הינו מן הדין או מכוח קנס.
**ורב הונא השיב לו** שזו משנה מפורשת שאם נטלוה מסיקין מחמת הגזלן- חייב.
**בהקדמה לסימן שפו הבאנו שנחלקו הראשונים במשמעות ספקו של רב הונא**:
**רש"י** (קיז. ד"ה 'ואי קנסא') **ביאר שהסתפק רב הונא** האם רב נחמן חִיֵּיב באופן נקודתי את אותו מוסר משום שהיה רגיל בכך, או שזהו דין כללי, ולפי ביאור זה, רב נחמן פשט לו מהמשנה שזהו דין כללי.
**אמנם הרמב"ן**[קונטרס 'דינא דגרמי'] **ביאר שרב הונא** הסתפק ביחס לכל דינא דגרמי, ורב נחמן פשט שזהו דין ולא קנס [עוד הציע שיתכן שאין הכרח מן המשנה, אך להלכה נפסק כר"מ שכל דינא דגרמי הינו חיוב מן הדין ע"ש בדבריו].
**הראשונים ראו בשאלה** אם החיוב במוסר הוא מן הדין או קנס נ"מ לעניין אם יש לחייב גם את יורשי המוסר בחיוב זה אף קודם שנתחייב המוסר בדין.
**בתשובת הרא"ש** (כלל קא סימן א) **מופיעים דברי הרב שמואל הלוי שכותב** שהיות והחיוב במוסר הינו קנס אין קונסים בנו אחריו.**וכן כתב המרדכי** (ב"ב סימן תרנד)שרק אם עמד בדין קודם מותו יש לחייב את היורשים.
**אמנם הרמב"ם**(חובל ומזיק ח, א)**כתב** שהמוסר הוא כשאר כל המזיקים, ואם מת גובה הנמסר מיורשיו. וכן הכריע הרמב"ן לשיטתו שכל החיוב ב'דינא דגרמי' הוא מן הדין.
**המגיד משנה כתב שכדברי הרמב"ם כתבו רב האי**(משפטי שבועות ח"ב שער כ)**והרשב"א.**
**השו"ע פסק כדברי הרמב"ם 'ודעימיה'** שדין מוסר שווה לשאר מזיקים וגובים מן היורשים.
**והרמ"א הביא את דעת הסוברים** שאין לחייב את היורשים במידה ולא עמד המוסר בדין, קודם מותו.

**הש"ך (יד) העיר** שבמידה ומסר ונתן ביד, כולם מודים שיש לחייב גם את היורשים, משום שבזה כולם מודים שהחיוב הינו מן הדין ולא מכוח קנס[213].

## האם המוסר צריך לשלם מן המיטב?

**הרמב"ם** (חובל ח, א) **ובעקבותו השו"ע פסקו** שהמוסר חייב לשלם מן היפה שבנכסים כדין כל מזיק.
**המגיד משנה ציין שכן נלמד מהגמרא בב"ק ה:** שעל כל ההזקים יש לשלם מן המיטב, ושם מבואר שאף בהיזק שאינו ניכר הדין כן, וכתב המ"מ שאם בהיזק שאינו ניכר הדין שכן, כל שכן שכך הדין במוסר.
**אמנם מדברי רש"י בכריתות ב: משמע** שמוסר ומפגל אינם משלמים מן המיטב, ולמד כן מכך שר' חייא מיעטם מכד' אבות נזיקין.
**אמנם התוספות בכריתות**(ד"ה 'למעוטי')**השיגו על רש"י** וכתבו שמבואר בב"ק שר' חייא לא עסק בנזיקין אלו, אך אין הכוונה שיש שינוי דין בינם לשאר מזיקים.
**השו"ע סתם כרמב"ם**[וכתוס'] שמוסר משלם מן המיטב.
**וכתב הש"ך (יב)** שאף ש'דינא דגרמי' הינו מדרבנן (לשיטתו) חכמים תקנו כעין דאורייתא.
**עוד כתב הש"ך** שפשוט שכל דין זה כשאין לו מטלטלים, אבל כשיש לו מטלטלים יכול לסלקו אפילו בסובין שאף זה נחשב כ'מיטב'.

## האם מוסר שנאנס חייב לשלם, והאם יש חילוק בין מסירה בלבד למעשה בידיים?

לשון הגמרא בב"ק קיז.

רב הונא בר יהודה איקלע לבי אביוני, אתא לקמיה דרבא:

**א"ל:** כלום מעשה בא לידך?

**א"ל:** ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבירו בא לידי וחייבתיו,

**א"ל:** אהדר עובדא למריה, דתניא: ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבירו - פטור, ואם נטל ונתן ביד - חייב.

**אמר רבה:** אם הראה מעצמו, כנשא ונתן ביד דמי.

**הגמרא מספרת על רב הונא בר רב יהודה שסיפר לרבא** כי חייב את האדם שאנסוהו למסור ממון חבירו.
**ואמר לו רבא** שטעה בדין, שהרי מבואר שאם נאנס אדם למסור ממון חבירו, ורק הראה ממון חבירו פטור, ואינו חייב אלא במציאות שנטל ונתן ביד.
**רבה מוסיף** שאם הראה מעצמו דינו כמי שנשא ונתן ביד (לקמן יוצעו מספר ביאורים בדברי רבה).
**בפשטות עולה מן הגמרא** שאף מי שאנסוהו למסור, פטור רק במידה ולא מסר בידו ממש[214].
**ואכן כך פסק הרי"ף**(ב"ק מג.- :).
**אמנם הרי"ף הביא דיעה הסוברת** שבמידה ואנסוהו למסור, יש לפוטרו כשנטל ונתן בידו ממש.
**הרי"ף משיג על שיטה זו,** שלפי זה דברי הברייתא אינם מובנים. הרי"ף שלל את האפשרות לבאר שסוף דברי הברייתא מוסבים על מציאות שהמוסר אינו אנוס כלל, שא"כ היה לברייתא לחייבו אף במידה ולא נשא ונתן ביד, אלא רק הראה מקום לממון חבירו.
**הרי"ף מביא ראיה נוספת לשיטתו** מהמשך הגמרא המספרת על אדם שנאנס על ידי עובד כוכבים ומסר את יינו של רב מרי (בנו של רב פנחס בנו של רב חסדא), ואמרו לו העובדי כוכבים לקחת את יינו של רב מרי בעצמו עד בית המלך, ואעפ"כ פטרו רב אשי. הגמרא מתארת שחכמים הקשו על רב אשי שפסיקתו סותרת את דברי הברייתא ממנה עולה שאם נשא ונתן ביד חייב, ותירץ רב אשי שהיות ובמקרה זה כבר הראה אותו אדם את הממון לגוים וכבר עמדו עליו הגוים, הרי כבר במעשה הראשון הוא שרף כביכול את ממון חבירו, ועל זה יש לו להפטר משום שלא עשה מעשה בידיים, ולכן אף שלאחר מכן גם נטלו בידו אין לכך משמעות.הרי"ף כתב שמכול מקום עולה מדברי

---

[213] עוד העיר הש"ך (טו) שמדברי הד"מ משמע שדברי המרדכי שיש לחייב את היורשים רק במידה ועמד אביהם בדין קודם מותו אינם סותרים לדברי הראשונים הסוברים שיש לחייב את היורשים, אך פשוט שאין הדבר כן ודברי המרדכי חולקים וזו כדיעה שהחיוב במוסר הינו מדין קנס

[214] בסיבת הפטור באונס ב'מוסר' בשונה משאר נזקי אדם אשר יש לחייב אף בהם אף באונס, ביאר הרמב"ן בקונטרס 'דינא דגרמי' שזאת משום שעשה מעשה בדיבור בלבד, אמנם יש לציין שישנם דיעות הסוברות שפטור זה נכון בכל 'דינא דגרמי' היות ומקור חיובו הינו משום קנס בלבד, וכשיטת אלו נקט הש"ך בסימן שפו.
ר' דניאל וסטברוק בסיכומו 'המוסר ממון חבירו' התייחס לביאורו של הרמב"ן שהפטור הוא משום דיבור 'בעלמא' וכך כתב:
**ודבריו צ"ע, שמכיוון שהחיוב הוא מן הדין צ"ל שהקילו חכמים ע"י הפקר ב"ד, ונראה רחוק לומר שרצו להקל על המוסר. ואולי י"ל שמכיוון שאחרים אונסים אותו אינו דומה לשאר אונס, שהאנסים הם המזיקים ולא המוסר.**

הגמרא, שאף במקרה שנאנס, יש לחייבו אם עשה מעשה בידיים, ועל כן הקשתה הגמרא מדוע יש לפטרו כשעשה מעשה בידים על אף שנאנס, ולא תרצה שבמקרה כאן יש לפוטרו הואיל והוא אנוס.

**בטעם חילוק** [בין מציאות שהראה למציאות שנטל ונתן ביד]**ביאר הרי"ף** שכשהראה, הזיקו בגרמא בלבד, ואילו במקרה שנטל ביד הזיקו בידים ממש.

**עוד הוכיח הרי"ף מהמשך דברי הגמרא,** שהקשתה על חידושו רב אשי [שבמידה וכבר יכל האנס ליטול בעצמו, אין לחייב את המוסר אף כשנתן בידיים], מדברי הברייתא הקובעת שבמקרה שאמר האנס לישראל להושיט לו אגודת קש ('פקיע עמיר') או אשכול ענבים והושיט לו- חייב, על אף שיכל האנס ליטול לבד, ומתרצת הגמרא ששם מדובר שלא יכל האנס ליטלו הואיל והוא היה בקצה השני של הנהר. שוב ניתן ללמוד מכאן שעל אף שהוא אנוס יש לחייבו במידה ונשא ונתן ביד.

**הראשונים מזהים את השיטה עליה משיג הרי"ף כשיטת הר"ח ורב האי.**

**ומצאנו בין הראשונים 4 אפשרויות** כיצד ניתן להבין את פסיקתם שבמידה ונאנס פטור אך כאשר נשא ונתן ביד, לאור המקורות מהם עולה לכאורה שכאשר נשא ונתן ביד יש לחייב:

**א. רבינו אפרים**(מובא על דפי הרי"ף מג.)**טוען** שדווקא במידה ואנסוהו סתם והלך והראה ממון חבירו בשביל להנצל, יש חלוקה אם הראה לממון חבירו בלבד שיש לפוטרו, לבין מציאות שנתנו ביד שיש לחייב (לקמן נתייחס לכך שהרשב"א והנימוק"י הבינו שבמקרה זה יש לחייבו אף כשרק הראה, שהרי הוא מזיק ממש, ואע"פ שכתב רבינו אפרים שאין לחייב בגרמא כשאין כוונתו להזיק, אין זה שונה ממראה דינר לשולחני), אך במידה ואנסוהו לתת ממון חבירו, פשוט שפטור אף כשנשא ונתן ביד.

**רבינו אפרים מביא ראיה לשיטתו מהמשך דברי הגמרא בדף קיז:** המספרת על אדם שהופקד אצלו כוס כסף ואנסוהו גנבים ומסר את אותו כוס כסף בשביל להנצל ופטרו רבה, וביאר רב אשי שהדבר תלוי בשאלה האם יש להניח שהוא אדם אמיד ובאו בשביל לקחת ממון שלו, או שבאו מתחילה על דעת אותה כוס כסף, שבזה יש לפוטרו, ומכאן למד רבינו אפרים שבמידה ואנסוהו למסור ממון חבירו יש לפוטרו אף כשנשא ונתן ביד.

**המאור דחה ראייתו** וכתב שהפטור כאן אינו משום שאנסוהו בממון חבירו, אלא משום שבלאו הכי היו יכולים ליטלו, ואין שום תוספת במעשהו בידיים כמבואר בגמרות לעיל.

**הרמב"ן** (מלחמות מג.) **דחה דחייה זו** וכתב שהיות והשומר היה מוכרח להטמין את הכוס בקרקע, לא היה ביד באנס ליטלם ללא עזרתו.

**הרמב"ן דחה את דרבי רבינו אפרים באופן אחר** והוא שיש לחלק בין שומר לשאר אדם, ודווקא את השומר יש לפטור, משום שרשותו כרשותם'ורואין אותו כאילו הבעלים היו שם ובאו עליהם הגנבים שבודאי היו נותנין אותו להם שע"מ כן הפקיד וע"מ כן קבל שיהא שומר לבעלים, וכן פירש את דברי הירושלמי (ב"ק ח, ח) המחלק בפירוש במסירת ממון חבירו בין מעשה בידים לשלא עשה מעשה בידים, וביאר שאף שם מדובר בנפקד, **כחילוקו של הרמב"ן כתבו הרא"ש** (ב"ק י, כח)**והתוספות**(קיז. ד"ה 'ואי לאו אדעתא דכספא אתו')[אמנם ביחס לירושלמי ביאר הרא"ש [סימן כז]בעניין אחר: שמדובר שידע האנס שיש ממון בבית פלוני ולכן המוסר אינו חייב אף כשנטל ונתן ביד, ובסימן כח כתב שלפי הירושלמי אין קושיא מהגמרא בעניין כוס הכסף משום שהגנבים ידעו מכוס הכסף וממילא יש לפוטרו אף כשנטל ונתן ביד, ונתייחס לעניין זה לקמן)

ב. **הרמב"ן**(מלחמות ד' מג.) **הביא שרבינו האי ביאר את דברי הברייתא באופן אחר** ולשיטתו אין כלל חילוק בין אנסוהו לעשות מעשה בידים ועשה, לבין אנסוהו להראות ממון שלא בידים והראה. אמנם יש חילוק במקרה שאנסוהו להראות ממון ועל דעת עצמו גם נשא ונתן ביד, שבזה יש לחייב, וכך יש לפרש את דברי הברייתא שכתבה שאם נתן ונטל ביד מחוייב, והכוונה למציאות שאנסוהו להראות, והוא על דעת עצמו החליט גם לשאת ולתת ביד.

ג. **הראב"ד סבר**(בפירושו למסכת בסוף הספר ובהשגותיו על הרי"ף) שיש חילוק בין מציאות שאנסוהו שיהרגוהו לבין מציאות שאנסוהו בממון בלבד: אם אנסוהו שיהרגוהו- לעולם פטור בין במידה והראה ממון ובין במידה ונשא ונתן ביד. אם אנסוהו בממון- יש חילוק אם רק הראה ממון או שנשא ונתן ביד(לקמן נתייחס לכך שהב"י והרמ"א נקטו לא כך ושאונס ממון אינו נחשב אונס כלל).

ד. **המהר"ח אור זרוע (רנה) כתב** שיש לחלק בין מציאות שיכל להשמט מהאונס למצב שלא יכל: אם לא יכל להמלט- פטור בין הראה ממון ובין נשא ונתן ביד, אם יכל להמלט באופן אחר- יש לחייבו אך רק במידה ונשא ונתן ביד.

**מכול מקום ראשונים רבים הכריעו כשיטת הרי"ף** שבכל אונס יש לחלק בין מציאות שרק מראה ממון חבירו שפטור, לבין מציאות שנוטל ונותן ביד שחייב, הלא הם: רמב"ם (חובל ח), רא"ש (ב"ק י, כז), סמ"ג, רא"ה, מגיד משנה.

**אף השו"ע סתם כדעת הרי"ף** בזה שלעולם יש חילוק בין מציאות שהראה ממון להמציאות שנטל ונתן ביד.

**וכן פסקו להלכה המהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק י, מז) **והב"ח.**

**אמנם הש"ך (כד) כתב שהעיקר כדעת רב האי והר"ח** שיש לפטור את המוסר אף כשנשא ונתן ביד, וביאר שיטה זו כדברי רבינו אפרים שיש חילוק בין מציאות שאנסוהו למסור ממון סתם ומסר ממון חבירו לבין מציאות שאנסוהו למסור ממון חבירו שבזה פשוט שרשאי למסור אף ביד,

וכתב (כטענת הראב"ד בהשגותיו על הרמב"ם) שבמציאות זו 'אין זה נקרא מציל עצמו בממון חברו אלא שמוכרח לעשות כמו שאומר לו האנס ואם לא יעשה כן נמצא יציל הוא ממון חברו בנפשו ואין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש'.(הרמב"ן [מלחמות] השיב על טענה זו וכתב שאכו מותר לו למסור ממון חבירו במקום פיקוח נפש, אך אין זה סותר את העובדה, שהוא יהיה מחוייב לשלם על מה שהזיק).

הש"ך ציטט ראשונים רבים הסוברים כדעת הגאונים שבמידה וכפוהו למסור ממון חבירו פטור אף כשנטל ונתן ביד הלא הם: ראבי"ה והרשב"ט, וכן עולה מדברי הרשב"א בתשובה ( א, תתקפ, ה, קצד, מיוחסות רמ, שלא כדבריו בחידושים)

**הש"ך הביא שהמהרשד"ם** (חו"מ נה) **הכריע להלכה** שדין זה נותר בספק, ועל כן אין להוציא ממון מן המוסר, וכתב הש"ך שאף בשלטי גיבורים עולה שזהו 'ספיקא דדינא'.

**אמנם הש"ך עצמו כתב** שאין כלל ספק בדין זה, ופשוט שפטור המוסר אף מעיקר הדין.

## אנס שעמד כבר על ממון חבירו, ולאחר מכן נתן המוסר לאנס את הממון בידו

**הבאנו לעיל שמבואר בגמרא בב"ק קיז.** שבמידה וכבר עמד האנס על ממונו של הישראל, ולאחר מכן מסר המוסר בפניו, אין לחייבו, הואיל והממון כבר נחשב כ'שרוף' ברגע שעמד עליו האנס, **וכן פסקו הרמב"ם והשו"ע.**

[יש לציין שברמב"ם משמע שהפטור הוא רק במידה והאנס עמד על הממון ונעשה ברשותו, ובטור משמע שדי בכך שיודע היכן הממון נמצא ונתייחס לזה לקמן בפיסקא הבאה]

**כתב הטור שדעת אביו הרא"ש היא** שבמידה והאנס ידע שיש לאדם מסויים ממון, וכפה אדם אחר ללכת להביא לו, פטור המביא, על אף שנטל ונתן ביד.

**הב"י כתב בשם המרשים** שצריך לומר שהטור דיבר במציאות שהאנס גם ידע היכן הממון נמצא, שבזה אין זה נחשב כאילו נמצא הממון בצד השני של הנהר

**הפרישה כתב שלביאור זה יש קושי** בלשון הטור שהביא את הדין שפטור המוסר במקרה שיכל האנס ליטלו בעצמו ולאחר כתב את דברי הרא"ש בלשון 'ואפילו', כלומר שיש בזה תוספת חידוש.

**על כן פירש הפרישה שכוונת המרשים היא** שאמנם הגוי ידע שהממון נמצא בבית פלוני, אך לא ידע היכן ממש והיה צריך לטרוח ולחפש, וחידש הרא"ש שאף מציאות זו מוגדרת כמציאות שיכל האנס לקחת העצמו ['חד עברא דנהרא'] והמוסר פטור.

[יש לציין שכל זה נכון בדעת הטור, אך בדעת הרמב"ם נראה שאף הדין הראשון אינו נכון, ולא די בכך שידע האנס מן הממון בכדי לפטור את המוסר, עיין לעיל בפיסקא הקודמת].

**אמנם בדרישה הביא שהשלטי גיבורים**(ב"ק מד. ועיין גם במג:) **הבין שהטור חידש חידוש גדול יותר**, והוא שכל שידע האנס שיש ממון לחבירו ואנס את המוסר ליתן לו פטור וזאת גם במידה והאנס לא יכל ליטלה בעצמו, והטעם הוא שבזה לא יכל המוסר להשתמט מן האנס באופן אחר.

[**הפנים מאירות**(חלק א סימן מט) **הבין אף הוא שלזה כיוון הטור**, אך ציין שלכאורה דברי הטור מבוססים על דברי הרא"ש בפרק י סימן כז שהביא את דברי הירושלמי שפטר אף כשנשא ונתן ביד, וביאר שהירושלמי פטר משום שהאנס ידע שאותו ממון נמצא בבית פלוני.

**אמנם הפנים מאירות כתב שנראה מדברי הרא"ש** שלא פירש כן אלא בדעת הירושלמי, אך הרא"ש מודה שדעת הבבלי היא שאף במציאות שהאנס ידע שיש ממון לחבירו ואנס את חבירו להביאו, חייב המוסר במידה והביא ביד, ודייק כן מדברי הרא"ש בסימן כח שהתייחס לגמרא בעניין נפקד שמסר כוס כסף שקיבל כפקדון, ותירץ שהסיבה שיש לפוטרו על אף שנטל ונתן ביד, הוא משום שדין נפקד שונה מדין מוסר רגיל, והוסיף הרא"ש וכתב: ' ולפי הירושלמי ניחא כיון שידעו הגנבים שהכוס בביתו אפי' אנסוהו להביא פטור', ומשמע שמלשונו שדווקא לדעת הירושלמי יש לפטור במקרה זה אך לפי הבבלי אין פטור בזה. וכ מפורש יותר שכתב במפורש שמצורתא דשמעתא עולה שאם אנסו לילך לבית פלוני ולהביא מה שבבית חייב וזה שלא כירושלמי

**אמנם השלטי גיבורים** (מג:) כתב שהרא"ש סבר ששני הטעמים אמת, גם הטעם שיש לפטור שומר וגם הטעם שכל שאנסו על ממון חבירו פטור, אך כתב שזאת רק במידה ואנסו על ממון מסויים של חבירו, אך אם אנסו על ממון חבירו בסתם, ומסר בידו ממון מסויים של חבירו חייב ובזה מבואר מה שכתב הרא"ש שעולה מצורתא דשמעתא שאם אנסו לילך להביא ממון פלוני חייב. עיין עוד בשלטי גיבורים מג: ומד. שהאריך בזה וגם בפלפולא חריפתא (ע, פ).

## האם מותר למסור את חבירו במקום אונס?

**לשון הרמב"ם והשו"ע**: 'אנסו המלך למוסר זה ...עד שיראה לו ממון פלוני ..והראה לו מפני האונס הרי זה פטור, שאם לא יראה לו יכהו או ימיתהו'.

**ודייק הסמ"ע (יב) מלשון זה** שאמנם הוא פטור, אך לכתחילה לא יראהו.

**הט"ז תמה על דבריו וכתב:** 'ותמהני עליו שהרי סיים הרמב"ם דאם לא יראהו יכהו או ימיתהו, וזה פשוט דאפילו לכתחילה יעשה כדי להנצל מסכנת מות'.

**עוד כתב הט"ז** שגם אם נפרש שכוונת הסמ"ע שבמידה ויכול לפטור עצמו בממון שלו, מחוייב לעשות כן, אין נראים דבריו, שהרי לפי זה דברי הרמב"ם בסוף אינם מבארים מדוע פטור, שהרי הרמב"ם כתב שהפטור הוא משום שאם לא יראהו יכהו או ימיתהו, וכתב שבאמת גם אינו צריך למסור ממון שלו כיון שלא הזכירו המאנס.

## אנסוהו למסור את חבירו בעצמו לצורך דרישת כופר

**כתב הסמ"ע (יא)** שאם אנסו אדם להראות איפה נמצא חברו ואין לחבירו כסף אלא שרוצים לדרוש כופר בעבורו, אסור למסור אותו במידה ויכול להפטר מהאונס ע"י נתינת כסף, משום שאסור לגרום היזק לקהל או ליחידים.
**הט"ז כתב** שאף במידה והיה לחבירו ממון ורצה הגוי שימסור אותו בפניו בכדי שייסרהו עד שיתן לו ממון, אינו רשאי למסור גוף חבירו כיון שרוצה להכותו עד שיתן לו מעות, ואנו אומרים לראשון שלא עדיף דם שלך מממון חברך, ולכן עליך לפטור עצמך מהיסורים בממון שלך ולא לשלוח את הגוי שייסר את חברך.

## אדם שייסרו אותו ובכדי להנצל הראה ממון חבירו?

**הבאנו לעיל שנאמר בברייתא** שאם אנסוהו והראה ממון חבירו פטור ואם נטל ונתן ביד חיב.
**ועל כך אמר רבה** שאם הראה מעצמו הרי הוא כנשא ונתן ביד.
**רש"י פירש** שהכוונה כשראה מעצמו ללא שאנסוהו כלל.
**אך מדברי הטור עולה** שאף אם יסרו אותו סתם כך, והראה ממון חבירו בכדי להנצל יש לחייבו.
**הב"י כתב שהטור למד כן מהמקרה שמובא בגמרא בב"ק קיז:** בעניין נפקד שהיה בידו כוס כסף של חבירו ואנסוהו ומסר כוס זו, והסיק רב אשי שאם באו ליסרו בעבור עצמו [ כגון שהוא אדם אמיד] ומסר ממון חבירו חייב
**הב"ח תמה על הב"י** שהרי שם מבואר שהוא נתן להם את הכוס בידו, ומנין לנו שאף כשלא מסר בידו חייב.
**הב"ח עצמו סבר שהמקור הוא מן המשנה בב"ק קטז:** בעניין מסיקין שנטלוהו שחייב אם לקחו מחמת הגזלן, והטור הבין שמדובר כשאנסוהו בסתם.
**הש"ך (כא) התקשה גם במקור זה** שהרי אין שום אזכור לכך שמדובר שנאנס למסור.
**הגר"א (כז) כתב** שמקורו מדברי רבה שהבאנו שאמר שאם הראה מעצמו הרי הוא כנשא ונתן ביד, וביאר הרשב"א (ב"ק קיז. ד"ה 'ישראל שאנסוהו') שמדובר שהראה מעצמו בכדי להנצל מאונסו, וכתב ברשב"א שאין לפרש כרש"י שמדובר שלא היה אונס כלל שהרי אין בזה חידוש[215].
**אף הנימוק"י** (ב"ק מג. ד"ה 'אם נטל') **כתב במפורש בדעת הרי"ף** שכל שאנסוהו סתם והראה ממון חבירו חייב. (החזו"א [ב"ק טז ס"ק כד ד"ה 'וכתב הנ"י'] כתב שמפשט הגמרא שכתבה ישראל שאנסוהו והראה ממון חבירו, משמע שאף כשאנסוהו סתם יש לפוטרו, וכן הוכיח מכך שרבא אמר לרב הונא להחזיר את הממון שחייב את המוסר באונס ולא בירר איזה סוג אונס היה משמע שעל כל אונס יש לחייב ושלא כדברי הנ"י והרשב"א שהבאנו)
**הרמ"א פסק כדברי הטור להלכה**שאם יסרוהו סתם כך והראה ממון חבירו חייב.
**הש"ך כתב** שלכאורה יש לפטרו מסברא שהרי יכול לטעון שסבר שרצו ממנו ממון, ולכן מן הספק יש לפוטרו, וביאר שנראה שהטור דיבר במציאות שניכר שלא יסרוהו לצורך השגת ממון (נראה שהש"ך הולך לשיטתו כדעת רבינו אפרים שאם יסרו לתת ממון סתם והראה ממון חבירו פטור במידה ולא נתן ביד, וסבר הש"ך שהמציאות של כפוהו על ממון סתם והראה ממון חבירו קל יותר מהמקרה של הטור שיסרוהו בסתם ולא דרשו ממנו ממון כלל, וסברא זו צריכה עיון. ואף בדברי רבינו אפרים משמע שיש לפטור בכל פעם שאנסוהו מחמת עצמו, אף שלא אנסוהו מחמת ממון וממילא אינו מסתדר עם דברי הטור, ודוק ).

## האם אונס הפוטר במסירה הוא דווקא אונס נפשות או גם אונס ממון ומלקות?

**הב"י הביא דברי התשובות מימונית**(נזיקין כ)**שכתב** שאונס הפוטר מוסר, הוא דווקא אונס נפשות, אבל אם מסר מחמת אונס ממון יש לחייבו [לכאורה הכוונה אף במידה ואנסוהו לתת ממון חבירו בדווקא].
**הב"י כתב** שזה פשוט.
**עוד כתב הב"י** שאונס מכות נחשב כאונס נפשות (כן נראה מלשון הרמב"ם [חובל ח, ג] שכתב: 'הרי זה פטור, שאם לא יראה לו יכהו או ימיתהו').
**יש לציין שהבאנו לעיל שהראב"ד סבר** כשיטת הר"ח ורב האי שיש לפטור אנוס אף כשנטל ונתן ביד, וביאר שרק במידה ואנסוהו אונס ממון חייב במידה ונטל ונתן ביד, ומכול מקום פטור אם רק הראה, וזה שלא כדברי ההגהות מיימוניות הנ"ל.
**עם דברי הראב"ד הסכים הרשב"א בתשובה**[חלק א סימן תתתקפ, חלק ה סימן קצד, ובמיוחסות סימן רמו\ וזאת בניגוד לדבריו בחידושים].
**הרמ"א פסק כדברי התשובות מימוניות** שאונס ממון אינו פוטר.

---

[215] יש לציין שדברי הטור הינם לכאורה כנגד שיטת רבינו אפרים שפירש שבדיוק במקרה זה [בלשונו: 'יסרוהו מחמת עצמו'] חילקה הברייתא בין הראה לנטל ונתן ביד, ועוד שזה כל שכן ממה שכתב שאף אם יסרו אותו על ממון עצמו והפנה לממון חבירו- פטור במידה ולא נטל ונתן ביד, (אמנם עיין לקמן שנראה שהש"ך הבין שהמקרה של יסרוהו סתם חמור יותר ממקרה שיסרוהו לתת ממון עצמו, ודווקא במקרה שיסרוהו סתם חייב, ולא זכיתי להבין את סברתו).
אכן הרשב"א בהמשך השיג על רבינו אפרים וכתב שפשוט שבמידה ויסרו מחמת עצמו והפנה לממון חבירו חייב שהרי יש לחייב מ'דינא דגרמי' כדין מראה דינר לשולחני, ומה שכתב רבינו אפרים לפוטרו משום שאינו מתכון להזיק תמוה, שהרי אף במראה דינר לשולחני הוא לא מתכוון להזיק, ובמקרה שלנו הוא יותר מתכוון להזיק בשביל להציל עצמו.

**הש"ך (כא)** ציין לדברי הרשב"א בתשובה שמסכים לדברי הראב"ד, וכתב הש"ך שאף שאינו מסכים לפירוש דברי הראב"ד בסוגיא שפירש שמדובר דווקא באונס ממון, מכול מקום אין ראיה לכך שבאונס ממון חייב.
**עוד הביא הש"ך שבספר החינוך**[שאותו ייחס הש"ך לרא"ה]**כתב** (מצווה רלו) **בשם רבו** שפטור אף באונס ממון, **וכתב הש"ך** שידוע שרבו של הרא"ה הוא הרמב"ן וא"כ יוצא שהרשב"א הרא"ה והרמב"ן פוטרים באונס ממון, ולכן יכול המוסר לומר 'קים לי' כמותם.
**אך העיר הש"ך** שבספר החינוך כתב שאף הרמב"ם פטר באונס ממון ולא נראה כן מסוף דבריו שכתב שפטור מפני שאם לא יראה לו יכהו או ימיתהו, ומשמע שרק אונסים אלו פוטרים.[לפנינו הגרסא 'וכן כתב הרב רבי אברהם בן דוד ואזלא קושיית הש"ך]
[המהרש"ך (א, קסו) כתב שפשוט שרבינו אפרים 'ודעימיה' יסברו שאונס ממון נחשב כאונס, שהרי הם סוברים שאם אנסוהו לתת ממון עצמו והראה ממון חבירו פטור, וא"כ כל שכן שאנסוהו לתת ממון חבירו ואיימו שאם לא יתן יקחו ממנו, וזה פשוט].

## המציל עצמו מהיזק ועל ידי כך ניזוק חבירו?

**הנמוק"י**(ב"ב ה:)**פסק לאור דברי הירושלמי** (ב"ק ג, א) שאדם רשאי להציל עצמו מהיזק על אף שאותו היזק יגיע לאחר, אך זאת דווקא במציאות שההיזק עוד לא הגיע אליו, אך במידה וכבר הגיע ההיזק אליו, הוא אינו שראי להפטר ממנו באופן שעל ידי כך, יתחייב אחר. על כן אם ראה אמת המים שוטפת ובאה לתוך שדהו עד שלא נכנסו המים לתוך שדהו רשאי לפנותן למקום אחר משנכנסו אין רשאי לפנותן למקום אחר. וכן אם באים חיל המלך כדי לגבות מס, מותר לאדם לתת שכר כדי שהוא לא יתן כלום באותו מס. אבל אחר שבאו והוטל המס בשבילם, אסור. שמכיוון שכבר התחייב, כשפוטר עצמו ממנו הוא כאילו גוזל מהאחרים.
**הרמ"א פסק כדברי הנמוק"י**שיכל להציל עצמו מהיזק, אף על פי שעל ידי זה יבוא היזק לאחר [ולא התייחס לחלוקה בין מציאות שכבר הגיע ההיזק אליו למציאות שלא הגיע ההיזק אליו]
**הש"ך בסימן קסג** (ס"ק יח)**הביא את דברי המהר"י בן לב** (חלק ב סימן מ)שפסק כן גם לגבי אדם אחר שרוצה להציל את חבירו ממס וכדו' שרשאי לעשות כן על אף שזה יחייב אדם אחר, רק במידה ואותו אחד עדיין לא חויב.
**המהר"י בן לב הוכיח כן מהגמרא ביבמות (עט.)** המתארת כיצד דוד העביר את בני שאול בעבור הגבעונים כל שהארון קולטו, נידון למיתה וכשאינו קולטו לחיים, ומתארת הגמרא שדוד התפלל על מפיבושת שלא ימות ע"י ארון הקדוש, ושם מבואר בגמרא שלא יכל דוד שלא להעבירו בפני הארון שזה משוא פנים, ואף לא יכל להתפלל עליו שלא ימות לאחר שקלטו הארון, שאף בזה יש משוא פנים, ורק להתפלל עליו קודם שקלטו זה בסדר.

## ערב לחוב של 2 שותפים ונאנס אחד השותפים ומחל על חובו של הערב

**הדרכי משה (ב) הביא את דברי המרדכי**(ב"ק סימן קפט)שדן במציאות של שני שותפים שהיה להם חוב והיה להם ערב בעד החוב ואנס השר אחד מהן לפטור הערב, ופטר את אותו ערב.
**וכתב המרדכי** שיש לפטור את אותו השותף, מפני שלא הזיקו אלא בגרמא בעלמא ואין זה נחשב שהוא נשא ונתן ביד, אבל במידה ועשה כן בלא אונס יש לחייב, וכן פסק הרמ"א.
**הקצות (ד) העיר** שלכאורה לשיטת תוספות בב"ק ק. ('ד"ה 'טיהר') היה לנו לחייבו במקרה זה ולהחשיב את מעשהו כנתינה ביד, שהרי פסקו שם תוספות שדיין שזיכה את החייב, חייב, משום שבאמירה נחתם הכול, הרי זה כמעשה בידיים, וכתב שכן מוכח מדברי המרדכי שדימה דין זה לדין דיין שטעה, ובדין דיין שטעה מבואר שאם נתן משכון, הוא חייב.
**אך הסיק הקצות** שאף תוספות יודו בנדון דידן שאין זה נחשב כמעשה בידיים, וזאת מכוח 2 סיבות:

1. שותף אחד אינו יכול למחול על חוב חבירו, וממילא בפועל לא נמחל החוב.
2. המחילה נעשתה באונס, ולכן אינה תקיפה, שהרי כאשר 'תקופוהו ויהיב' אין נתינתו נתינה (עיין בסימן רה) .

**וביאר הקצות** שהיות ובפועל החוב לא נמחל, וכל ההיזק הוא רק מכך שכעת הערב מסרב לשלם, אין זה נחשב היזק בידיים, אלא כגורם בלבד (יוצא חידוש בדברי הקצות שאף בגרמא כעין זו יש לחייב כאשר עשה כן בלא אונס).

## ערב לחוב של 2 שותפים ונתן משכון ומסר אחד השותפים את המשכון לערב

**בפיסקא הקודמת הבאנו את דינו של הרמ"א** שיש לפטור את השותף שנאלץ למחול לערב על חובו לשותפים
**הש"ך (כה) הגביל את דינו של הרמ"א וכתב** שבמידה והערב נתן משכון לשותפים, והחזיר השותף את המשכון לערב- חייב, שהרי פעולה זו נחשבת כנתינה ביד ממש.
**וכתב הש"ך שכן מוכח מדברי המרדכי** שדימה דין זה לדין דיין שטעה, ובדין דיין שטעה מבואר שאם נתן משכון, הוא חייב.
**הקצות (ג) חלק על הש"ך וכתב** שאף נתינת משכון אינה נחשבת כמעשה ישיר אלא כ'גרמי', שהרי במשכון יש שעבוד בלבד. הקצות הפנה לדבריו בסימן כה (ס"ק ח)שם ביאר שהסיבה שיש לחייב דיין

במסירת משכון, היא משום שעל ידי זה נחשב הדין כסגור, ובזה הזיקו בחוב ממש, ולא רק בשיעבוד (ואין זה דומה למקרה שלנו שמסירת המשכון אינה מפקיעה את החוב).

## אשה שמסרה כיצד משלמת את מה שהזיקה?

**נאמר במשנה בב"ק פז.** שעבד ואישה שהזיקו פגיעתן רעה, כלומר שלא ניתן לגבות מהם בעבור הנזק, **ומפרטת המשנה** שאם חבלו באחרים הם פטורים, (מפני שאין להם ממון). אך במידה והשתחרר העבד או שהאשה התגרשה הם מחויבים לשלם גם על מה שהזיקו קודם.
**הגמרא בדף פח: דנה** בדבר בעלותה של האשה בנכסיה בעודה נשואה:
**ומביאה הגמרא שתקנו באושא** שאם מכרה נכסי מילוג שלה בחייה ומתה, יכול הבעל להוציא את הנכסים הללו מן הלקוחות.
**הגמרא**(דף פט.)**אומרת** שלכאורה דין זה מבואר כבר במשנתינו במה שקבעה שאינה יכולה לשלם בעודה נשואה, ואם הייתה יכולה למכור את נכסי המלוג שלה בעודה נשואה, היא הייתה יכולה לשלם משם את נזקה.
**הגמרא דחתה את ההוכחה מן המשנה** שהרי בלאו הכי קשה על המשנה מדוע שלא תוכל האשה למכור את נכסי המלוג שלה בסכום נמוך בטובת הנאה שבמידה והבעל ימות לפניה או שתתגרש, יזכו הקונים בנכס לעולם, אלא על כרחך שהמשנה עסקה במקרה שאין לה נכסי מילוג. (הרא"ש כתב שם שגם נכסי צאן ברזל ניתן למכור בטובת הנאה).
**בגמרא בב"ב קלט:**(ד"ה 'התם') מבואר שחכמים תקנו שהבעל יחשב לעיתים כיורש ולעיתים כלוקח, וכל שאין הפסד לאחרים תקנו שיחשב לפי מה שטוב לו, ומבואר שם שדווקא במקרה של לקוחות תקנו שיחשב כלוקח ויגבה מהם, משום שהם הפסידו את עצמם.
**התוספות**(ב"ב קלט: ד"ה 'התם') **הקשו** שלפי זה לא מובן מדוע אשה שחבלה אינה משלמת מנכסי מלוג, והרי במקרה זה אם נתקן שיחשב הבעל כלוקח יהיה בזה הפסד לאחרים.
**ותירצו תוספות** שאכן הגמ' בב"ק פט. יכלה להקשות זאת, ובאמת הבעל אינו יכול להוציא את השדה במקרה שמכרה לצורך תשלומי הזקה, ובמשנה מדובר כשאין לה שדה וכמסקנת הגמ'.
**עוד תירצו התוספות בשם רשב"א** שבאמת יכול הבעל להוציא מהלקוחות אף במקרה שמכרה לצורך תשלומי הזקה, משום שחכמים תקנו שיכול להוציא מיד הלקוחות, ולא חילקו בזה על אף שיש בזה הפסד במקרה שמוכר לצורך תשלומי הזיקה, משום שזהו מקרה שאינו שכיח.
**הדרכי משה (י) הביא את דברי המרדכי** (ב"ק סימן צ) **שכתב** שאשה שמסרה, מנדים אותה על אף שאין לה מה לשלם, ואם יש לה ממון שאין לבעלה רשות בו צריכה לשלם, וכן אם יש לה נכסי מלוג יחליטו אותן ביד הנמסר ובעל אוכל פירות עד יום מותה ואם מתה לא יירש הבעלנכסים אלו, ובזה אין לומר שדינו של הבעל כלוקח משום שיש בזה הפסד לניזק ואינו דומה להפסד לקוחות שהם הפסידו את עצמם, וכן פסק הרמ"א.
**הש"ך (טז) העיר** שדין זה נכון דווקא לפי התירוץ הראשון של תוספות, שאכן במקרה של היזק דינו כיורש, אך לפי תירוצו של הרשב"א, יכול הבעל להוציא את השדה אף מן הניזק.
וכתב הש"ך שהמהרש"ל (פרק ח סימן ל) הכריע כתירוצו של הרשב"א.
**אך ציין הש"ך לסתירה** בין פסק הרמ"א פה שהכריע שדינו של הבעלח כיורש במקום הפסד, לבין הפסק בסימן תכד שם פסק שדינו כלוקח ומוציא מן הלקוחות.
**וכתב הש"ך** שניתן ליישב שמסירה הינה דבר שכיח ולכן בזה תקנו שלא יהיה הפסד לניזק מה שאין כן בשאר הזקים, (אך ציין שביאור זה נכון לתירוץ הרשב"א אך לרמב"ן יש ביאור נוסף וממנו עולה שאף לגבי שאר הזקים לא תקנו, עי"ש בדבריו).

**עוד הביא הש"ך את דברי הסמ"ע (ו) שהקשה** מדוע שלא יחייבו את האשה למכור בטובת הנאה (כפי שעולה מן הגמרא שמה שנאמר שאשה פגיעתה רעה זה רק כשאין לה שדה) וכפי שנפסק בסימן תכד סעיף ט, ותירץ הסמ"ע שיתכן שדינו של מוסר קל משאר מזיקים משום שהזיק בדיבור בלבד.
**הש"ך דחה דבריו וכתב שפשוט** שגם במקרה של מסירה יכול הניזק לדרוש שתמכור בטובת הנאה.

לשון השו"ע:

**<u>סעיף ב:</u>**
**המוסר ממון בידי אנס, בין אנס עובד כוכבים בין אנס ישראל, חייב לשלם מהיפה שבנכסיו כל מה שלקח האנס, אף על פי שלא נשא המוסר ולא נתן בידו אלא הרגיל בלבד. ואם מת, גובים מיורשיו כשאר כל המזיקים.**
וי"א דדוקא שעמד בדין; אבל אם לא עמד בדין, אין היורשים חייבים לשלם.
ואשה שמסרה לאנסים, משמתין לה. ואם יש לה ממון שאין לבעל רשות בו, משלמת. ואם יש לה נכסי מלוג, הבעל אוכל פירות כל ימי חייה, ואם מתה חייב

לשלם לנמסר, וכן לשאר ניזק, ואין הבעל לענין זה רק כיורש שחייב לשלם. (מרדכי פ' החובל).

**במה דברים אמורים? כשהראה המוסר מעצמו. אבל אם אנסוהו עובד כוכבים או ישראל אנס להראות, והראה, הרי זה פטור מתשלומין.** (ואם אנסו להראות שלו והראה (שלו ושל) חבירו, חייב) (טור ס"א).

**ואם נשא ונתן ביד, אף על פי שהוא אנוס, חייב לשלם, שהמציל עצמו בממון חבירו חייב.**

**כיצד? הרי שגזר המלך להביא לו יין או תבן וכיוצא בדברים אלו, ועמד מוסר ואמר: הרי יש לפלוני אוצר יין או תבן במקום פלוני, והלכו ולקחוהו, חייב לשלם.**

הגה: ואפילו יסרוהו, ולא א"ל על מה, והראה ממון חבירו, חייב (טור שם);
ולא מקרי אונס, אלא הכאות ויסורין, אבל לא אונס ממון (מרדכי פרק הגוזל בתרא ותשובת מיימוני דנזיקין סי"ב ונ"י).
היה רואה נזק בא עליו, מותר להציל עצמו אף על פי שע"י זה בא הנזק לאחר (נ"י פ' השותפין).

**<u>סעיף ג:</u>**

**אנסו המלך למוסר זה עד שיראה לו ממון חבירו שהוא בורח מלפניו, והראה לו מפני האונס, הרי זה פטור, שאם לא יראה לו יכהו או ימיתיהו:**

**<u>סעיף ד:</u>**

**נשא ממון חבירו בידו ונתנו לאנס, חייב לשלם מ"מ, אף על פי שהמלך אנסו להביא.**

(ב' שותפין שהיה להן חוב ביחד, ואנס שר לאחד לפטור החוב, פטור, דזה לא מקרי נתן ביד) (מרדכי פרק הגוזל בתרא).

**במה דברים אמורים שאם אנסו להביא והביא חייב: כשלא הגיע הממון לרשות האנס; אבל אנס שאנס את ישראל עד שהראהו, ועמד האנס על הממון ונעשה ברשותו** (דהיינו שיוכל לשלוט עליו וליטלו) (המגיד פ"ח דחובל), **ואנס את ישראל עד שהוליכו למקום אחר, ואפילו הוליכו זה המוסר שהראהו, הרי זה פטור, שכיון שעמד האנס בצד האוצר כבר אבד כל מה שיש בו, וכאילו נשרף.**

## סעיף ה

**שנים שרבו על חפץ מסויים ומסר אחד מהם את החפץ למלכות**

לשון הגמרא בב"ק קיז.

ההוא שותא דהוו מנצו עלה בי תרי, האי אמר דידי הוא והאי אמר דידי הוא, אזל חד מנייהו ומסרה לפרהגנא דמלכא

**אמר אביי:** יכול לומר אנא כי מסרי דידי מסרי.

**א"ל רבא:** וכל כמיניה?

**אלא אמר רבא:** משמתינן ליה, עד דמייתי ליה וקאי בדינא.

**מבואר בגמרא**שנחלקו אביי ורבא במקרה של שני אנשים שרבו על מכמורת דגים וטען כל אחד שהיא שלו, ומסר האחד את המכמורת למלך(וע"י כך הוציאה מדי חבירו).

**רבא סבר** שאין לעשות לו כלום, הואיל והוא יכול לטעון שהוא מסר דבר ששיך לו וכפי שטען בתחילה.

**אמנם רבא** סבר שטענה זו אינה מתקבלת ומנדים אותו עד שיביא את המכמרות לחבירו ויעמוד בדין.

**להלכה נפסק כרבא**(ע"פ הכלל שבמחלוקת 'אביי ורבא' הלכה כרבא').

**אמנם נחלקו הראשונים** האם דינו של אדם זה כמסור רגיל:

**דעת המרדכי בשם מהר"ם**(סימן קיח בשם מהר"ם)שדינו כמסור רגיל ויש לחייבו ממון על מה שמסר אלא אם כן היה הנמסר סרבן.
**אמנם במקום אחר כתב המרדכי** (סימן קצג)**בשם ר' אליעזר מטולא** שאינו נחשב כסרבן ואינו חייב לשלם, משום שמסור הוא אדם שמתכוין להזיק, ולא אדם שרוצה להציל את ממונו[216] וזוהי תקנת חכמים מיוחדת לנדותו 'כדי שלא יהא כל אדם רגיל בכך'(דברי ר' אליעזר מטולא מופיעים גם תשובות מימוניות נזיקין כא)
**הרמ"א הביא את 2 הדיעות**(את דעת ר' אליעזר בסתם שאין לחייבו במקרה זה, ואת דעת מהר"ם שיש לחייבו בלשון 'ויש חולקים').
**המהר"ם מלובלין** (סימן כו) צידד כדעת ר' אליעזר מטולא שיש לפטור אדם זה.
**אמנם הש"ך השיג על פסיקתו** וכתב שאין להכריע כנגד המהר"ם 'שלא היה בדורו כמותו', ודעת ר' אליעזר מטולא הינה דעת יחיד, ואף בד"מ (ד) משמע שנקט כדעת מהר"ם (שלא כסתימתו בהגהה, ולכאורה למד הש"ך כן מכך שהביא לאחר דברי ר' אליעזר מטולא בלשון אבל שם כתב [המרדכי] ומשמע שהלכה כ'אבל').
**עוד הביא הש"ך שהמהרש"ל כתב** שחלילה לפטור כדעת ר' אליעזר מטולא, ויש בזה חילול ד'.
**עוד כתב הש"ך** שנראה שאף ר' אליעזר מטולא פטר דווקא במציאות שלא היה ניתן להציל באופן אחר.

לשון השו"ע:
**בעלי דין שהיתה ביניהם מריבה על הקרקע או על מטלטלין, זה אומר: שלי, וזה אומר: שלי, עמד אחר מהם ומסרה ביד אנס, מנדין אותו עד שיחזיר הדבר לכמות שהיה ויסלק אנס מביניהם ויעשו דין בישראל.**
הגה:מכל מקום אין לו דין מסור, אף על פי שהפסיד חבירו ע"י זה הרבה, דלא מקרי מסור אלא במתכוין להזיק, אבל לא במתכוין להוציא את שלו (תשובת מיי' דנזיקין סימן כ"א ומרדכי פרק הגוזל בתרא בשם ר"א).
ויש חולקין וס"ל דמקרי מסור וחייב לשלם לו כל הזיקו, אם לא היה חבירו סרבן; וכ"ש אם התרו בו תחלה שלא ידונו בפני אנסים, ועבר, שיש לו דין מסור (מרדכי פרק הגוזל קמא בשם מהר"ם ופרק המניח ותשובת הרא"ש כלל י"ז סי' ד' ומהרי"ק שורש קנ"ד וקס"א).

## סעיף ו

**האם אדם נתפס בעבור ממון חבירו ומתי?**
**בירושלמי בבבא קמא**(פרק י הלכה ו) **מופיעה מחלוקת אמוראים** בשאלה מה הדין במציאות שתפסו אדם וחייבוהו ממון בעבור חוב חבירו.
**דעת ר' יהושע בן לוי** שחבירו אינו חייב לשלם על מה שנתפס, למעט מציאות שנתפס בעבור 'ארנון וגולגולת' (לשון הרמב"ם [חובל ח, ו]:'חוץ מן הנתפס מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה, או הנתפס על התשורה שנותן כל איש ואיש למלך בעברו עליהם הוא או חיילותיו')
**דעת רב** שחבירו חייב לשלם על כך שנתפס במקומו, משום שבתפיסתו של חבירו הוא נפטר מחובו, ובלשון הירושלמי 'יכיל מימר ליה את שרי עביטיך מיני'.
**הרמב"ם**(חובל ח, ו)**פסק כר' יהושע בן לוי** שאין אדם נתפס בעבור חובו למעט מס קצוב ותשורה מבית המלך, **וכן פסק השו"ע.**
**המגיד משנה ביאר** במה מיוחדים המס והתשורה משאר החובות בזה הלשון: 'ונ"ל דטעם אלו מפני שמחוקי המלך למשכן מחמת דברים אלו איש על חבירו וא"כ אינו בדין שיפסיד'.
(יתר פרטי דין זה בסיכומינו לסימן קכח סעיף ב)

לשון השו"ע:
**מי שנתפס על חבירו, ולקחו אנסים ממון ממנו בגלל חבירו, אין חבירו חייב לשלם.**
**אין לך מי שנתפס על חבירו ויהיה חברו חייב לשלם לו, חוץ מהנתפס מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה, או הנתפס על התשורה שנותן כל איש למלך בעוברו עליהם או חיילותיו, הרי זה חייב לשלם לו; והוא שיקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני, בפני עדים; ונתבאר עוד בסימן קכ"ח.**

[216] ומכול מקום כתב שלא היה לו היתר להשתמש בעכו"ם בכדי להוציא את ממונו משום שכל ההיתר לעשות דין לעצמו הוא רק בממון המבורר שהוא שלו, ועיין בעניין זה בסיכומינו לסימן ד.

## סעיף ז

### האם תקנו תקנת הנגזל במסור?

לשון הגמרא בב"ק סב.

**בעי אמימר**; עשו תקנת נגזל במסור או לא? אליבא דמ"ד לא דייניין דינא דגרמי לא תבעי לך, דמסירות נמי לא דייניין, אלא כי תבעי לך - אליבא דמ"ד דייניין דינא דגרמי, עשו תקנת נגזל במסור דמשתבע ושקיל, או לא?

**תיקו.**

**הגמ' הסתפקה** האם מסור יכול להשבע כמה הפסידו מוסרו וליטול כדין נגזל, ונשארה הגמ' בתיקו.

**ופסק הרמב"ם בהלכות חובל** (ח, ז)שאינו יכול להשבע וליטול, אך אם תפס אין מוציאים מידו ונשבע ונוטל.

**וזה לשיטת הרמב"ם** שבספיקא דדינא, אין מוציאים ממון מן המוחזק, אך אם תפס אין מוציאין מידו.

**והטור כתב שדעת אביו הרא"ש אינה כן** אלא אם תפס מוציאים מידו, וזאת לשיטתו שלא מועילה תפיסה בספיקא דדינא.

[יש לציין שדעת **רב האי**[217] היא שאף בספק הדין הוא שיחלוקו, אך השו"ע פסק בזה כדעת הרא"ש [ב"ק ג, טו] והרמב"ם שאין מוציאים ממון מספק]

**השו"ע** סתם כדעת הרמב"ם שמועילה תפיסה.

**והרמ"א** הביא בלשון 'יש אומרים' את דעת הרא"ש שלא מועילה תפיסה ב'ספיקא דדינא'.

### האם המוסר נשבע ונוטל כשהמוסר מודה שמסרו ואינו יודע כמה הזיקו?

**התוספות בב"ק** (סב. ד"ה 'עשו') **כתבו בשם ר"ת** שכל הספק של הגמרא אם עשו תקנת הנגזל במוסר, זה דווקא במקרה שהמוסר מכחיש שמסרו, אבל כאשר הוא מודה שמסרו אך אינו יודע בכמה הזיקו, פשוט שנשבע הנמסר כמה הוזק ונוטל.

**ושם הביאו תוס' את דעת ר"י שחלק על ר"ת וסבר** שאף במקרה הזה הסתפקה הגמ', ולכן להלכה לעולם פטור המוסר, משום שאין מוציאים ממון מספק.

**המגיד משנה בהלכות חובל** (ח, ז) **דייק מלשון הרמב"ם** שסבר כר"ת מכך שכתב הרמב"ם: "מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו כגון ... ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו והנמסר טוען כך וכך הפסידני <u>והמוסר כופר במה שטענו</u>..' משמע שאם הוא אינו כופר בזה, שייכת תקנת הנגזל אף במסור [וכן מפורש בלשון הרמב"ם פרק ז הלכה יח וז"ל:'כיצד?לקח כיס חבירו... או שמסרו ביד אנס ואבד, בעל הכיס אומר זהובים היה מלא והמזיק אומר איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל'..ומבואר שבמידה ומודה שמסרו שייכת בו תקנת הנגזל כדין כל מזיק, ומצאתי שכן העיר המהרש"ך [ג, פא] ותמה על המ"מ שדייק זאת מפרק ח בעוד בפרק ז כתוב כן במפורש, עי"ש בביאור דבריו למ"מ].

**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם**(בפרק ח הלכה ז) ולאחר מכן הביא בלשון יש אומרים את דעת ר"ת הסובר שבמידה והמוסר מודה שהזיקו ואינו יודע כמה, נשבע הניזק ונוטל (ומשמע שסובר שהרמב"ם סובר כר"י מפני שהנגיד בינו לבין ר"ת ותימה לאור מה שהבאנו מהרמב"ם בפרק ז, וצ"ע, וכן העיר הש"ך (לז) שהנגדה זו סותרת להבנת המ"מ [והב"י] ברמב"ם, וכתב בתחילה שכתב השו"ע בלשון 'יש אומרים' משום שסוף כל סוף אין זה כתוב במפורש ברמב"ם, והיה ניתן לדחוק שמה שכתוב 'והמוסר כופר' אינו בדווקא[218]).

**הש"ך (לא) השיג על הבנת המ"מ ברמב"ם** וכתב שהרמב"ם אינו מודה לר"ת, משום שדינו של ר"ת מחודש והיה לרמב"ם לכתוב במפורש שבמידה והמוסר מודה שמסרו ואינו יודע כמה הזיקו, יכול הנמסר להשבע כמה מסר וליטול.

**וכתב הש"ך** שאמנם דיוקו של המ"מ נכון ברמב"ם בכך שהרמב"ם הקפיד לכתוב שדווקא כשהמוסר כופר, הוא נפטר, אך אין זה משום שתקנת הנגזל שייכת במסור, אלא משום שלדעת הרמב"ם אם הוא היה מודה שמסר ואינו יודע כמה, הוא היה מתחייב בשבועת מודה במקצת והיות והוא אינו יכול להשבע, משום שאינו יודע כמה היה, ולכן הוא מחוייב לשלם מדין 'מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע- משלם'(אף על הש"ך יש לתמוה שלא הבחין בדברי הרמב"ם בפרק ז הלכה יח שם עולה שלדעת הרמב"ם שייכת תקנת הנגזל במסור כשמודה שמסר ואינו יודע מה מסר, ושם יש מענה גם לשאלת הש"ך (שלכאורה לדעת הרמב"ם הוא מחוייב לשלם הכול מדין 'מתוך שאינו יכול להשבע- משלם') מפני שכתב שם הרמב"ם: 'והמזיק אומר איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא', כלומר שהמוסר טוען שהוא אינו יודה אם מסרו בדבר ששווה ממון ודוק, ועוד תימה שלא ראה דברי מהרש"ך שכבר העיר על המ"מ בזה

וניתן לומר שהש"ך הבין שדברי הרמב"ם בפרק ז הלכה יח אמורים דווקא כשנשא ונתן ביד [שלא באונס], כן ניתן לדייק מלשון הרמב"ם שכתב: 'לקח כיס חבירו והשליכו לים... או שמסרו ביד אנס, משמע שמדובר במקרה שלקח).

**על פי דברים אלו כתב הש"ך(לז)** שיתכן שזו הסיבה שהשו"ע הנגיד בין דברי הרמב"ם לר"ת, משום שבדבריו הראשונים כיוון השו"ע לומר שרק במידה והנמסר אינו יודע אם המוסר יודע כמה הזיק, חייב המוסר לשלם הכול ולא שייך תקנת הנגזל משום שהוא מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע ואינו יכול להשבע, ובמקרה השני עסק השו"ע במציאות שהנמסר יודע שהמוסר אינו יודע

---

[217] ספר המקח שער כ' ס' מג.

[218] ועיין לקמן ביאור נוסף של הש"ך לסיבה שהביא את שיטת ר"ת כחולק.

כמה הזיקו ובזה לא שייך לחייב את המוסר לשלם הכולוזאת לשיטת הש"ך שאפילו לשיטת הרמב"ם שמחייב במשואיל"מ כשלא היה לו לדעת, יודה שפטור במקרה שהנמסר יודע שהמוסר אינו יודע,וכפי שיתבאר לקמן), **ובזה נחלקו** ר"ת ור"י אם במקרה זה יפטר המוסר, משום שאין להוציא ממון מספק, או שבמקרה זה שייך לתקן תקנת הנגזל, ושהנמסר ישבע ויטול, (והגמרא הסתפקה אם לתקן תקנת הנגזל דווקא במקרה שכפר המסור שמסר כאמור).

***באיזה מציאות נחלקו ר"י ור"ת?***

**הבאנו לעיל שנחלקו ר"י ור"ת** האם ספק הגמרא אם תקנו תקנת הנגזל במוסר, הוא גם במציאות שהמוסר מודה שמסר אך אינו יודה כמה הזיק.

**הש"ך (לו) התקשה בהבנת המציאות בה נחלקו ר"י ור"ת,** שהרי לכאורה במציאות שהמוסר מודה שהזיק ואינו יודע כמה הזיק, אין צורך לשבועתו של הנמסר, ויש לחייב את המוסר על כל סכום שהרי הוא מודה במקצת ואינו יכול להשבע על השאר שהרי אינו טוען בוודאות שלא הזיקו הכולוהביא הש"ך שאכן בתשובות מימוניות משפטים סא] למד מכאן שבכל משואיל"מ מחוייב הנוטל שבועה, אך כתב הש"ך שאינו נראה כן בש"ס).

**לאור זאת הציע הש"ך מספר אפשרויות בהעמדת המציאות בה נחלקו ר"י ור"ת:**

א. ר"י ור"ת סוברים כדעת הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי, שאין לחייב שבועת התורה על חיוב תשלום היזק של 'גרמי' משום שזוהי אינה שבועה על ממון אלא על דבר הגורם לממון(עיין לעיל [סימן שפו סעיף ב בעמוד הערה 210] שם הערנו שמדברי הרמב"ן לא משמע כן, וכן העיר הקצות (ז).

ב. ר"י ור"ת סוברים כדיעה שהחיוב ב'גרמי' הינו מדרבנן, וממילא פשוט שלא שייך לחייב על חיוב זה שבועה דאורייתא.(אף כאן השיג הקצות וכתב שגם שיטלת אלו יודו שיש חיוב שבועה בהזקי 'גרמי')

ג. ר"י ור"ת דיברו במקרה שהמוסר אומר הילך על מה שחייב או שיש לנמסר כנגדו כסכום זה וממילא אינו מחוייב שבועת מודה במקצת.

ד. ר"י ור"ת אכן נחלקו במציאות שהמוסר מודה שהזיק קצת ואינו יודע עד כמה, ולשיטתם לא שייך בזה חיוב של 'מתוך שאינו יכול להשבע משלם', משום שלא היה למוסר לדעת כמה הזיקו, והביא שכן עולה מתשובת הרשב"א(תקעא) ומפסקי הרא"ש(ב"ק ו סימנים טו-טז).
(כתב הש"ך שהרמב"ם חולק בזה וסובר שדין מישואל"מ שייך אף במציאות זו, והפטור היחיד הוא במציאות שהנמסר עצמו יודע שהמוסר אינו יודע וכפי שכתב הש"ך בסימן עב ס"ק נא).

ה. ר"י ור"ת מודים לשיטת הרמב"ם שהחיוב של המחויב שבועה שאינו יכול להשבע תקף גם כשלא היה לו לדעת. אך הם נחלקו במציאות שאף הנמסר יודע שהמוסר אינו יודע כמה הזיקו ובזה אף הרמב"ם מודה שאינו מחוייב לשלם במקרה זה.

**עוד הביא הש"ך שהב"ח בסימן צ** (סעיף יד)**כתב שהעיקר כדעת ר"ת** שהנמסר נשבע ונוטל, וזאת משום שמעיקר הדין הנמסר צריך ליטול בלא שבועה, שהרי המוסר מודה שחייב ואינו יודע כמה ודינו כמחוייב שבועה שאינו יכול להשבע ומשלם, וביאר הב"ח שר"ת הצריך את הנמסר שבועה כחומרא בעלמא.

**הש"ך השיג עליו וכתב** שביאורו בר"ת אינו נכון וודאי שר"ת הצריך שבועה מן הדין ולא מחומרא, ואם מן הדין היה פטור הנמסר משבועה, לא הייתה סיבה לחייבו שבועה יותר ממקרים אחרים של 'משואיל"מ'. ולעניין טענת הב"ח שהמוסר חייב משום שהוא מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע, כתב הש"ך שנשמט מעיני הב"ח שמבואר בראי"ש שאין לחייבו משום שלא היה לו לדעת (וכאפשרות הרביעית שהביא הש"ך).

***בעניין הלכה למעשה:***

**הש"ך (לז) הביא שהמהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק פרק ו סימן ל) **הכריע להלכה כדעת ר"ת**, שבמקרה והמוסר מודה שמסר ואינו יודע מה מסר, נשבע הנמסר ונוטל.

**הש"ך השיג על הכרעה זו** וכתב שמן הגמרא נראה יותר כדעת ר"י, משום שנראה שספקו של מוסר דומה לספק של המזיק באש ושם מדובר שהמזיק אינו יודע מה הזיק, וכתב שנראה שגם הנימוק"י (ב"ק סוף דף כה: ותחילת דף כו.) הכריע כשיטת ר"י, וכתב שכן נראית הכרעת הרשב"א בתשובה (סימן תקעא) . עוד כתב הש"ך שנראה שהכרעת המהרש"ל מושפעת מההבנה שהרמב"ם סובר כר"ת, וכבר כתב הש"ך שאין זה נכון.

**אך העיר הש"ך (לו, לז)** שיש לחלק בין מציאות שהנמסר אינו יודע האם באמת המוסר אינו יודע כמה הזיק, לבין מציאות שהוא יודע שאכן המוסר אינו יודע כמה הזיקו:

**במידה והנמסר אינו יודע אם המוסר יודע כמה הזיקו-**יש להסתפק שמא הלכה כרמב"ם שבמקרה זה, הדין הוא שמחוייב המוסר הכול מדין 'מחויב שבועה שאינו יכול להשבע', או שמא יש לפוטרו מן השבועה, הואיל וחיובו של המוסר נובע מ'דינא דגרמי' ודעת הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי שאין נשבעים שבועה דאורייתא על הזקי 'גרמי' ועוד שלשיטות שחיוב 'גרמי' הינו מדרבנן, לא שייכת בהם שבועה דאורייתא כלל.

**במידה והנמסר יודע שהמוסר אינו יודע כמה הזיקו-** פשוט שהלכה כר"י ואין לחייב את המוסר כלום, הואיל והגמרא נותרה בספק אם במציאות זו שייכת תקנת הנגזל.

**אמנם הקצות (ו) כתב** שהעיקר כדעת ר"ת שהספק הוא רק במציאות שהמוסר מכחישו בברי, שאם לא כן לא מובן כלל מדוע שתסתפק הגמרא אם עשו תקנת הנגזל, ובמה הוא שונה משאר מזיקים, אלא כל כרחך שהשאלה היא אם החמירו על המוסר יותר לחייב גם כשמכחיש בברי כדין נגזל בשונה משאר מזיקים שאין מחייבים על מקרה שמכחיש בברי כמבואר בש"ך ס"ק א. כמו כן דחה הקצות ביאורו של הרמב"ן (קונטרס 'דינא דגרמי') שהספק הוא אם להקל יותר במוסר משום שהוא מזיק בדיבור בלבד, שהרי סוף כל סוף הזיקו בדיבורו והרי זה כמעשה, וגם כתב שאין לומר שהיות והחיוב ב'גרמי' הינו מדרבנן לשיטות מסויימות יש לשיטתם מקום להקל, שהרי סוף כל סוף לאחר שחייבו חכמים, יש לו להכלל בתקנת הנגזל כדין כל מזיק.
**והוסיף הקצות (ז)** שגם מלשון השו"ע משמע כדעת ר"ת (וכדיוק המ"מ בלשון הרמב"ם) וכתב שגם מסתימת הרמ"א משמע שאף הוא הכריע כר"ת.

## הטוען מסרתני ואין לו עדים

**כתב הב"י בסימן צ** שהרי"ף והרא"ש והרמב"ם מפרשים שכל התלבטות הגמ' האם במסור שייך תקנת הנגזל, זה דווקא כשיש למסור עדים שמסרו חבירו.
**והביא הב"י**(שם בסימן צ וכאן בסימן שלנו)**בשם הגהות אשר"י**[219]שאם אין עדים שמסרו נשבע הנתבע היסת שלא מסרו ונפטר.
[**הד"מ בסימן צ שלח לסימן פז אות יג** שם יש דיון האם התובע יכול להשביע את הנתבע כשהוא טוען שהוא פסול לשבועה.]

## המוסר ביד מכוח אונס אם תקנו בו 'תקנת הנגזל?

**הרמב"ם**(חובל ח, ז) הבין שספק הגמרא אם תקנו תקנת הנגזל במוסר נכון גם במקרה שמסר באונס ונתן ביד (דוקא כשנתן ביד חייב, שאם לא נתן ביד פטור באונס כמבואר בסעיפים ב-ד), ולכן אף במקרה זה תועיל תפיסתו של הנמסר, **וכן פסק השו"ע**.
הש"ך (כט) נשאר בצ"ע על דבריהם, מפני שבמקרה שהוא אנוס, הוא אינו נעשה חשוד ויכול להשבע בעצמו ולהפטר, וא"כ פשוט שבמקרה זה לא עשו תקנת הנגזל(נראה שהש"ך לשיטתו בסימן צ ס"ק א שהבין שחידושה של תקנת הנגזל היא שנעשה הנגזל חשוד במקרה זה, וממילא במקרה שלא נעשה חשוד לא שייכת תקנה זו[220])

## המוסר ביד בלא אונס

**כתב הש"ך (ל)** שפשוט שאם מסר ביד בלא אונס, הנמסר נשבע ונוטל שהרי זה ממש תקנת הנגזל[221], והביא שכן כתב המהרש"ל (ים של שלמה פרק ו סימן ל) בשם מהרי"ל (סימן פו).

## תפס הנמסר שלא בעדים אם צריך להשבע בכדי להחזיק במה שתפס

**הרשב"א בתשובה** (סימן תקעא) **כתב** שבמידה והנמסר תפס שלא בעדים, אין מוציאים ממנו ואינו צריך להשבע שאכן הזיקו בסכום של מה שתפס, הואיל והוא נאמן במיגו שיכל להכחיש שתפס, ואין למוסר עליו אלא חרם סתם 'כל מי שנטל מממונו שלא כדין'
**הש"ך (לח) כתב** שדין זה נכון אף לפי הדיעות הסוברות שלא מועילה תפיסה ב'ספיקא דדינא אף שלא בפני העדים, משום שכאן הדיון אינו הלכתי בלבד, אלא האם יש להאמין לנמסר, ולכן במקום שיש לו מיגו יש להאמינו.
**אלא שהעיר הש"ך** שלכאורה יש לשאול מדוע שלא יצטרך הנמסר להשבע בכדי ליטול, והרי מבואר בש"ך בסימן עב (ס"ק סז) שלעולם כשבא ליטול כנגד מה שבידו צריך להשבע ואף מציאות שהנתבע טוען טטענת שמא.
**ולאור זאת כתב הש"ך**שדברי הרשב"אנאמרו דוקא במציאות שהתופס אינו רוצה לפדות את מה שתפס במעות, אך במידה והוא רוצה לפדות, עליו להשבע כדין כל נמסר שתפס מנכסי המוסר.

## האם צריך הנמסר להשבע כמה הוצרך לשלם כשיש עדים על סכום ששילם בפועל ועוד

**הדרכי משה (ז) הביא בתחילה את דברי מרדכי** (ב"ק סימן קסא) **בשם מהר"ם** (דפוס פראג סימן תצה) שלא די בכך שהעדים יעידו שהנמסר שילם סכום מסויים בעבור פשרת המסירה, ואעפ"כ צריך הנמסר להשבע שאכן כל הסכום ניתן בעבור המסירה ולא בעבור דבר אחר, ורק במידה והעדים יודעים בוודאות שהכסף לא ניתן

---

[219] ב"ק פ"ו ס' טו
[220] ויתכן שבזה ניתן לבאר את שיטתו בס"ק א שבעניין מזיק באשו לא שייכת תקנת הנגזל כשמזיק מכחיש, והיה מקום לשאול מנין המקור לחלק בין תקנת נגזל באשו לתקנת הנגזל הרגילה, ולפי הש"ך העניין ברור, שעל כרחך יש חילוק בינהם מפני שזיק באש אינו חשוד, ולכן נראה ששם התקנה היא שרק במידה שאינו יודע כמה הוא חייב, יש להגדירו כמעין 'מישואל"מ' והשני יטול אך בשבועה שהרי אין זה באמת 'מישאול"מ'.
[221] עיין לעיל שכתבנו שיתכן שכך הבין הש"ך את דברי הרמב"ם בהלכות חובל פרק ז הלכה יח שכתב: 'כיצד, **לקח כיס** חבירו והשליכו לים או לאש או **שמסרו ביד אנס ואבד**, בעל הכיס אומר זהובים היה מלא והמזיק אומר איני יודע מה היה בו שמא עפר או תבן היה מלא, הרי הניזק נשבע בנקיטת חפץ ונוטל'.

**וכנגד זה הביא הביא הד"מ את דברי המרדכי במקום אחר** (ב"ק סימן נה) שכתב שדי בכך שהעדים ידעו את סכום שעליו מסור, ונוטל הנמסר בלא שבועה ואין לנו לחוש שמא יתפשר עמו בפחות, משום שבעניין עדות נמסר די לנו בעדות כל שהיא.
**הרמ"אפסק** שאם לא ידעו העדים בירור הדברים אלא שהוצרך להתפשר בכך וכך צריך להשבע וליטול ונראה שזה כדעת המרדכי בשם מהר"ם שצריך עדות ברורה על הסכום.

## האם תקנו תקנת הנגזל כשמסר גופו של חבירו

**המהרי"ל** (סימן פו)**פסק** שהמוסר גופו של חבירו נחשב כמזיק ביידם ממש, (ועולה מדבריו שזאת אף במציאות שמסור בדיבור בלבד) ולכן בזה פשוט שתקנו תקנת הנגזל כדין כל מזיק, ונשבע הנמסר כמה הוצרך לשלם בשביל להנצל מן המסירה ונוטל מן המוסר, **וכן פסק הרמ"א.**
**הש"ך (לט) האריך להשיג על פסק מהרי"ל** וכתב שאמנם פוסקים רבים נמשכו אחרי פסק זה כגון המהר"ם מלובלין (סימן סא) והמהרש"ל (ים של שלמה פרק ו סימן ל), אך מכול מקום פסק זה אינו נראה נכון.
**עיקר טענת הש"ך היא** שכל שלא עשה מעשה בידים, אין שום סברא להחשיבו כמוסר בידיים.
**הש"ך דחה את ראיות המהרי"ל אחת לאחת:**

א. **המהרי"ל הוכיח דבריו מכוח סתירה בתשובות מהר"ם המופיעות במרדכי,** שבמקום אחד פסק כרבינו תם שבמידה והמוסר אינו יודע כמה הזיק פשוט שהנמסר נשבע ונוטל וכל ספק הגמרא אם תקנו תקנת הנגזל סמור הוא רק כשהמסור אינו יודע כמה הזיקו, ומאידך פסק במקומות רבים (מההערות על שו"ת מהרי"ל: 'אולי כוונתו ל [ב"ק] סי' נה, צו, ו - קס. ) שגם כשאין המוסר מכחישו, לא יכול הנמסר להשבע וליטול, אלא על כרחך שדוקא במציאות שמסר גופו פסק מהר"ם שנשבע הנמסר ונוטל (ודוקא כשאינו מכחישו שאם הכחישו לא שייך כלל תקנת הנגזל במזיק כמבואר בתחילת הסעיף).
**הש"ך דחה ראיה זו וכתב** שלא נמצא בשום מקום שפסק מהר"ם כר"ת, ואם נמצא טעות סופר, וגם תירוצו של המהרי"ל אינו מיישב זאת, שהרי לא ניתן לבאר שסבר מהר"ם שספק הגמרא עוסק במקרה שמסר גופו, שהרי המהרי"ל טוען שמסירת גופו נחשבת כהיזק בידים, והגמרא כלל לא הסתפקה לגבי מזיק בידים אם עשו תקנת הנגזל, ופשוט שעשו כמבואר בגמ' לעיל שתקנו תקנת נגזל באשו.
(**בהערות על שו"ת המהרי"ל כתבו:** 'והנה מצאנו בכ"י מרדכי בודפשט על הסוגיא בבא קמא סב, א (מקביל לסי' סג בדפוס דידן) ז"ל עשו תקנת נגזל במסור או לא, תיקו. רב אלפס פסק לקולא ואפילו אם יש עדים שמסרו ואיבד ממונו ואינן יודעין כמה,..וכן פסק מור"ם ז"ל, דכל תיקו דממונא לקולא, אבל ר"ת פסק ...ובתשובה אחרת מצאתי שפסק מור"ם כר"ת. ובזה נר' דמתורץ גם קושית הש"ך על רבינו).

ב. **המהרי"ל מצטט מדברי רבינו אפרים**(מתוך הערות למהרי"ל: 'במרדכי כ"י בודפשט ב"ק הוא שם בשם רבינו אפרים, ובדפוס דידן הוא בריש הגוזל קמא סי' קיד בשם רבינו יקיר, והוא רבינו אפרים, ונקרא כן ע"ש הבן יקיר לי אפרים')שכותב שמוסר גופו נחשב כמזיק בידים.
**הש"ך דחה את ראייתו** וכתב שרבינו אפרים עוסק במציאות שאכן מסור בידיים ממש, וכל חידושו הוא שאע"פ שהוא עצמו לא נטל ממנו ממון אלא רק מסרו למלכות, מכול מקום יש להחשיבו במקרה זה כמזיק בידים ממש.
**הקצות (ח) דחה את הבנת הש"ך** שרבינו אפרים עסק במסירה בידים וכתב שאין זה מסתבר משום שלשון 'מוסר' משמע שלא בידים, ועוד שמבחינה מציאותית דברי הש"ך אינם מסתברים שהרי כשאדם מוסר חבירו למלכות, הוא אינו זה שאוסרו בבית הסוהר ואין הדבר תלוי בו ואם השר היה מחליט שלא לאוסרו לא הייתה תפיסתו מועילה כלום.

ג. **המהרי"ל מביא ראיה מתשובות מימוניות** (נזיקין סימן יד) שדן בכפרתו של אדם בשם אלכסנדרי שמסר ישראל למלכות ואותו ישראל התנגד וע"י כך נהרג, ופסק שם מהר"ם שנחשב כפושע ומזיק וגירי דיליה, ולמד מכאן המהרי"ל שיש להחשיבו כמזיק בידים.
**הש"ך דחה ראייתו וכתב** שלא דיבר מהר"ם אלא לעניין צורך בכפרה, אך ודאי שאינו נחשב כמזיק בידים לעניין היזק ממון אלא כמזיק ב'גרמי'.

**הקצות (ח) ביאר את שיטת המהרי"ל**ולשיטתו אף המרדכי) וכתב שהמהרי"ל סבר שיש חילוק בין הזקי אדם להזקי ממון, ובהזקי אדם חייבה התורה על הזק 'גרמי' כהיזק ממש, כשם שחובל באדם מחוייב לשלם שבת וריפוי, על אף שלא הזיקו היזק זה בידיים.
**ומכול מקום כתב הקצות שלבו מהסס**לומר שבנזקי אדם באדם יש להגדיר הזקי גרמי כהיזק ממשי כשלא עשה מעשה בידים, שהרי במקרה של חיובי שבת וריפוי, מכול מקום החובל הזיק בידים ממש, וכתוצאה מכך נגמרו הזקים נלווים של שבת וריפוי, אך במידה ולא עשה מעשה בידים ממש נראה שאין לחייב, והראיה מהגמ' בב"ק צא. שמביאה ברייתא שהמבעית את חבירו ותקע באזנו וחירשו פטור, וכתב שיתכן שהמרדכי סוברים שהיזק זה נחשב כ'גרמא' ולא ב'גרמי', אך הזקי 'גרמי' באדם חשובים כהיזק בידיים ואף הפוטר ב'דינא דגרמי' בנזקי ממון יחייב בהם בנזקי אדם, אך הוכיח הקצות מדברי רש"י שעולה שמי שפוטר בגרמי בממון יפטור כן גם לגבי אדם.

**מכול מקום להלכה הסיק הקצות**כדברי מהרי"ל (שאם מסר אדם את גוף חבירו, נשבע הנמסר כמה הוציא ונוטל) אך לא מטעמו, , אלא משום שלשיטת הקצות כל ספק הגמרא לגבי תקנת הנגזל במזיק, הוא דווקא במקרה שהמוסר כופר בברי, והספק הוא אם הוסיפו על מוסר תקנה נוספת מעבר לתקנת נגזל במזיק רגיל שלגביו לא תקנו אלא במידה שהוא אינו יודע כמה הזיקו ולא במידה שהוא כופר , וביאר הקצות שספק זה אינו שייך לגבי מוסר גופו של חבירו, משום שלגביו אין צורך בתקנת מיוחדת שהרי יש לדונו כחובל משום שמסר גופו של חבירו, ובמקרה של חובל כבר תקנו חכמים שהנחבל נשבע ונוטל, אף במידה והחובל כופר בטענת הנחבל.

## הטוען מסרתני ואין לו עדים

**הב"י בסימן צ דייק שהרי"ף והרא"ש והרמב"ם** מפרשים שכל התלבטות הגמ' האם במסור שייך תקנת הנגזל, זה דווקא כשיש למסור עדים שמסרו חבירו.
**והביא הב"י** (בסימן צ ואף בסימן שלנו) **בשם הגהות אשר"י** (ב"ק פרק ו סימן טו) שאם אין עדים שמסרו נשבע הנתבע היסת שלא מסרו ונפטר, **וכן פסק הרמ"א.**
[**הד"מ בסימן צ שלח לסימן פז אות יג** שם יש דיון האם התובע יכול להשביע את הנתבע כשהוא טוען שהוא פסול לשבועה, או שמא במקרה זה לא נתקנה שבועת היסת, ובהגהות והערות על הסימן שלנו הערה קטו הביאו מדברי מהרי"ל בסימן צ שדנו במחלוקת זו.]

## הכופר בכך שמסר- בפני מי צריך להשבע בכפירתו?

**הב"י הביא את דברי הרשב"א בתשובה** (סימן אלף וצח) **שכתב בשם מהר"ם** (דפוס לבוב סימן שעד) שבמידה ומביא אדם עד אחד שנמסר וגם עדים מעידים כנגדו, צריך הכופר במסירתו להשבע שלא מסר כנגד אותם עדים שמעידים נגדו, והביא הב"י שכן כתב המרדכי (ב"ק סימן צז).
**בדומה לזה הביא הב"י מהמרדכי** (ב"ק סימן קפח) **שכתב בשם ר"ת** שהכופר בכך שמסר, צריך להשבע שלא מסר בפני אותו שלטון שהנמסר טוען שמסרו אליו.
**מדברי ר"ת הללו משמע** שהחובה להשבע בפני השלטונות, הוא גם במידה ואין עד שמעיד שאכן מסר.
**אמנם הד"מ (ז*) בהתייחסותו לדברי מהר"ם הביא שמשמע מדברי תרומת הדשן בפסקיו** (סימן פג) שאין צורך לעשות נקיות זו, של שבועה בפני הגוים, במידה וכל העדות על מסירתו היא מפי גויים בלבד משום שגוים אינם נאמנים, **וכן פסק להלכה הרמ"א**(ומשמע שאף אינו חייב להשבע כנגד השלטונות במקרה זה)**.**
**הש"ך השיג על כך שמבואר מדברי המרדכי בשם ר"ת**(וכן מעוד פוסקים) שגם במידה ואין כלל עדים שמסר, צריך להשבע בפני מי שטוען המוסר שמסרו בפניו.
**ולכן הסיק הש"ך** שאף הרמ"א לא כתב כן אלא במציאות שהנמסר אינו יודע בוודאות שמסרו, ויודע כן רק מכוח גוים, אך במידה והנמסר טוען בטענת ברי שמסרו,צריך להשבע שלא מסרו בפני מי שטוען המסר שמסרו אליו.

## שנים שמסרו יחד- מי מחויב לשלם?

**הב"י ציין לדברי ההגהות מימוניות**(נזקי ממון יב, ג)**והמרדכי** (ב"ק סימן נה) שדנו בשנים מסרו ממון של אדם והיה אחד עני ואחד עשיר, אם מחוייב העשיר לשלם את דמי כל דמי המסירה.
**ומבואר בתשובות מימוניות וביתר בירור במרדכי,** שברמת העיקרון אם האחד אינו מחוייב לשלם, חייב חבירו לשלם דמי כל החוב ככללו של ר' נתן 'דאי ליכא לאשתלומי מהאי משתלומי מהאי' [כלומר, ששנים שהזיקו יחד ולא ניתן להוציא את הכסף מאחד מוציאים מהשני], אך זאת דווקא במידה שאינו מחוייב [והדוגמא שלו שם היא במידה ובעל הסעודה הוכה ע"י אחד מאורחיו, ומסר בעל הסעודה את אותו אורח וכתב 'אם אתם רגילים לפטור את בעל הסעודה לפי שהיה מוכה ואין אדם נתפש על צערו'] אך במידה ושניהם מחוייבים, אלא שאחד מהם עני ואינו יכול לשלם, לא ניתן להוציא מהעשיר יותר מחצי, משום שכללו זה של ר' נתו נאמר דווקא במידה ואחד מהמזיקים אינו בר תשלומים, אך במידה ושניהם מחוייבים לשלם, אלא שלאחד אין מהיכן לשלם, לא ניתן להוציא מהשני.
**הרמ"א פסק בקצרה** : 'שנים שמסרו ביחד- כל אחד משלם החצי.
**וביאר הש"ך (מב)** שכוונתו לומר שזאת אף במידה ואין לשני מנין לשלם.

## שנים שמסרו בזה אחר זה- מי מחויב לשלם?

**עוד ציין הב"י לדברי מהר"ם באותה תשובה המופיעה המרדכי,** שם מבואר שבמידה שמסר אחד את חבירו, ורק לאחר מכן מסרו אדם נוסף, הראשון מחוייב לשלם ולא האחרון משום שהנזק בא בגרם הראשון והשני 'קמחא טחינה טחן דמקלא קלייה' [פירוש- קמח טחון טחן מפני שכבר 'נשרף' במסירתו של הראשון].
**וכן פסק הרמ"א.**
**הש"ך (מג) כתב** שבמידה ויש ספק אם כבר נפטר ממסירתו של הראשון, אין לחייב את המוסר השני עד שיהיה הדבר ברור שאכן נפטר ממסירתו של הראשון, אך במידה וברור שנפטר ממסירת הראשון, יש לחייב את המוסר השני, ואף שמשמע לכאורה מתשובת מהרי"ל (סימן צ) שאף במקרה

שברור שנפטר ממסירת הראשון, פטור השני, אין הכוונה שברור שנפטר, אלא שיצא לפני השופט, והיה נראה שיפטר.
**הקצות (י) התקשה בדברי הש"ך**מדוע במקרה של ספק יש לחייב את הראשון, ולכאורה היה לחייב את שניהם בשווה כדין המבואר ברמב"ם בהלכות חובל (ו, יד)שכתב: 'חמשה שהניחו חמשה חבילות על הבהמה ולא מתה ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותן החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב, ואם מתחלה לא היתה מהלכת האחרון פטור, **ואם אין ידוע כולן משלמין בשוה'.**
**עוד הקשה הקצות** מדוע שיתחייב הראשון, והרי יתכן שממסירתו היה נפטר?
**ותירץ הקצות**שיתכן שכאן זה שונה משום שבמסירת הראשון היה ודאי בכדי היזק, אלא שיש צד לומר שאח"כ נפטר הנמסר, וזה דומה למתחייב ואומר שאינו יודע אם פרע, שחייב לשלם, ונשאר הקצות בצ"ע.
[ויש להסתפק אם התכוון הקצות בתירוצו לתרץ גם למה השני אינו מתחייב חצי משום שהראשון הוא ברמת חיוב ודאי והשני בספק, או שאין בזה בכדי לפטור את השני שספק הזיק, וכל ביאורו הוא מדוע הראשון ודאי חייב)

## המוסר אדם שהכה חבירו וגוים ראוהו

**הד"מ (ד) הביא דברי מהר"י וייל**(סימן כח, ולא כציונים לרמ"א שהביאו בשם מוהר"ם מריזבורק) שכתב שאם מסר אחד שהכה חבירו וגוים ראוהו, פטור המוסר משום שבלאו הכי ראוהו גוים ובודאי יגידו והמוסר 'קמחא טחינא טחן' וכסברא שהבאנו בפיסקא הקודמת. **וכן פסק הרמ"א.**

## האם מותר למסור אדם בפני הגוים על שמכה אותו או את חבירו?

**הדרכי משה (יד)הביא מדברי מהר"ם ריזבורקשכתב**שאדם שמועד להכות הבריות, מותר לקצוץ ידו על ידי גוים או להפסיד כל אשר לו ומותר לכל אדם להגידו לשופט, **וכן פסק הרמ"א.**
**עוד הסתפק מהר"ם מרזיבורק** אם עדיף להפסיד ממונו או להציל באחד מאיבריו.
**הדרכי משה העיר על דבריו וכתב** שלא נראה כלל שניתן להפסידו ממון, שאפילו על מוסר גמור אסור להפסיד ממונו.
**הש"ך (מה) כתב** שאינו מבין כלל את תמיהת הד"מ, שהרי המהר"ם מריזבורק כותב במפורש שעיסוקו הוא במקרה שע"י הפסד ממונו או אבריו, הוא יציל את עצמו או את חבירו, ובזה ודאי שמותר להפסיד מוסר ממון או איבר ע"י הצלת הנמסר.

לשון השו"ע:
**מי שיש עליו עדים שמסר ממון חבירו, כגון שהראה מעצמו או שנאנס, ונשא ונתן ולא ידעו העדים כמה הפסידו במסירתו, והנמסר אומר: כך וכך הפסידני, והמוסר כופר במה שטענו, אם תפס הנמסר אין מוציאין מידו, אלא נשבע בנקיטת חפץ וזוכה במה שתפס.**
וי"א דבספיקא דדינא לא מהני תפיסה (טור בשם הרא"ש).
**ואם לא תפס, אין מוציאין מן המוסר אלא בראייה ברורה.**
(ואם ידעו ברור הדברים, רק שהוצרך להתפשר עם האנס בכך וכך, הנמסר נשבע ונוטל). (מרדכי פרק הגוזל בתרא)
**ויש מי שאומר שאם המוסר אומר: איני יודע כמה הפסדת ע"י, ישבע הנמסר ויטול.**
הגה: וכל זה במוסר ממון; אבל מסר גופו של חבירו לאנסים, הנמסר נשבע ונוטל. וכן אם גרם לו תפיסה, דהוי כמזיק בידים וצריך לשלם לו כל הזיקו (מרדכי פרק הגוזל בתרא).
האומר לחבירו: מסרתני, והוא כופר, ישבע לו היסת (הגהות אשירי).
וי"א דצריך לישבע לו לפני האנס שלא מסרו לו (מרדכי פרק הגוזל בתרא). ואין צריך לעשות נקיות זו אלא על פי אחד המעיד שמסרו, אבל אין העובדי כוכבים נאמנים בכך (מרדכי פרק החובל ופרק הפרה ופסקי מהרא"י סימן פ"ג ותשובת רשב"א סימן אלף צ"ח).
שנים שמסרו ביחד, כל אחד משלם החצי.
ואם בזה אחר זה, האחרון פטור, דכל זמן שלא נפטר ממסירה הראשונה הנזק בא מגרם הראשון (מרדכי פרק הפרה).
ואפילו לא מסרו, רק ראה אנס או עובד כוכבים שיגידו להאנס (מהר"מ מרזבורג).

י״א דאדם המוכה מחבירו יכול לילך לקבול לפני העו״ג, אף על פי דגרם למכה היזק גדול (מרדכי הנ״ל ומהרי״ו סימן כ״ח ותשובת מימוני דנזיקין סימן ט״ו ומהר״ם מרזבורג):

## סעיף ח

### פסול מוסר, ודינו של המודה במסירתו

### פסול מוסר

**כתב הרמב״ם**(חובל ח, ח) שהמוסר פסול לעדות, 'ואין לך פסול יותר מזה', ולכן אינו יכול להשבע שבועה דאורייתא ודרבנן. אך כל זה במידה שלא נאנס, אך אם נאנס יכול להשבע, וזאת גם אם אנסוהו לשאת ולתת ביד שחייב לשלם, **וכן פסק השו״ע.**
**המגיד משנה והב״י** כתבו שדברי הרמב״ם פשוטים.

### האומר:'אלך ואמסור'– אם נפסל לעדות

**כתב ההגהות אשר״י** (סנהדרין פרק ג סימן יב) **בשם רב פלטוי גאון** שהאומר לחבירו ששונאו: 'אלך ואמסור אותך רשע הוא ופסול לעדות'.
**וכתב הב״י בסימן לד** שהכוונה שהוא מוחזק שעושה מעשה , וכתב הב״י שאפשר שלכן כתב גם שהוא שונאו וגם שאמר כן בפני רבים שכיוון שהעיז פניו כ״כ חזקתו שיעשה מעשה. **אך כתב הב״י** ״ולעניין להורגו לא ברירא לי מילתא״
**ובבדק הבית הוסיף** בפרט בזמן הזה שאף המוחזקים בכשרות אומרים כן ולא משמע להו דאיכא איסורא באמירה.
**והמהרי״ק בשורש קכו כתב** שנראה שלשיטת רב פלטוי פסול בדרבנן אף אם אינו מוחזק, ואילו ברמב״ם משמע שאינו פסול כלל אם רק אמר אלך ואמסור, אלא רק כאשר מסר בפועל שאל״כ היה לו לשנות עי״ש.
בסימן שלנו הביא הדרכי משה את דברי המרדכי (ב״ק סימן קפה)שהביא אף הוא את דברי רב פלטוי, ובהמשך (סימן קפח) הגביל המרדכי דין זה דווקא למציאות שמוחזק במעשה מסירה, שאם לא כן אין לחשוד ישראל במסירה ודרך אנשים להגזים בדיבורם (ומדבריו קצת משמע שלא די שיהיה צועק ברבים ושונא, אלא צריך בנוסף שיהיה מוחזק שאכן הוא מוסר).
**עוד הביא הד״מ מדברי המהר״ם מריזבורק**(עיין מהרי״ו וייל סימן קמז) שמשמע מדבריו שכל שאמר ברבים, איננו אומרים שדרכו להגזים.
**להלכה הביא הרמ״א את 2 הדיעות** בתחילה את העולה מדברי מהר״ם מריזבורק, שכל שאמר כן בפרהסיא נפסל, ולבסוף את העולה מן המרדכי שזה דווקא במציאות שהוחזק לכך.
**עוד הוסיף הרמ״א בשם מהר״ם מריזבורק** שאפילו אם לא ידוע אם רגיל בכך יכול זה שאוים על ידו לעמוד ולהציל עצמו ע״י עובד כוכבים, אף על פי שיגיע נזק לזה.

### האם מוסר חייב לשלם על פי הודאת עצמו?

**כתב המרדכי** (ב״ק סימן קפ)שהמודה בכך שמסר חייב לשלם, וזאת אע״פ שחיובו של מוסר הינו מ'דינא דגרמי' שהוא מכוח קנס (לשיטת המרדכי עיין לעיל בהקדמה לסימן שפו).משום שרק בקנסות 'דאורייתא' אנו אומרים שהמודה בקנס פטור, וכן פסק הרמ״א.
**הש״ך (נא) צידד בפסק זה והשיג בזה על המהרש״ל** (ים של שלמה ב״ק י, נ) **שסבר** שלסוברים שהחיוב ב'דינא דגרמי' הינו מדרבנן, המודה פטור (הפת״ש (ה) ציין שכדברי המהרש״ל פסק בשות שיבת ציון [סימן קט] ).
**הקצות (יא) הביא ראיה לשיטת המהרש״ל מדברי השטמ״ק בב״ק צא:** שם כתב שהמודה בכך שחטף מצווה לחבירו פטור מלשלם הואיל וכל חיובו הינו מכוח קנס, ושם מדובר בקנס דרבנן.
**אך הביא הקצות ראיה לשיטת הש״ך והמרדכי** (שבקנס דרבנן- מודה בקנס אינו נפטר) **מהגמרא בב״ק צח:** שמבארת בדברי רבה שאמר שהשורף שטר חבירו- פטור, שמדובר במציאות שאין עדים כמה היה כתוב בשטר והשורף מאמין לבעל השטר בזה, ומשמע שגם במידה והוא מודה בחיוב, הוא חייב.
**הרב שלמה איגר בגליון מהרש״א** (מהדורת פרידמאן) **דחה ראיה זו** (הביאה בשם הפנ״י ב״ק צח) **וכתב** שיש חילוק בין מציאות שיש עדים על עיקר החיוב וההודאה היא רק על הסכום לבין הודאה על כל החיוב, וביסס דבריו על השטמ״ק בב״ק לה.
לשון השו״ע:

**אין משביעין את המוסר שהראה מעצמו, לא שבועה חמורה ולא שבועת היסת, מפני שהוא רשע ואין לך פסול יותר מזה.**

(ואפילו לא מסרו עדיין, רק שאומר: אלך ואמסור, אם אומר כך בפרהסיא נפסל לעדות, ולא אמרינן בכה"ג עביד אינם דגזים ולא עביד) (מרדכי פ' הגוזל בתרא). ויש חולקין אא"כ מוחזק בכך, (מרדכי בפ' הנשבעין).
(ואפילו לא יודעין אם רגיל בכך או לא, מ"מ יוכל זה שכנגדו לעמוד ולהציל עצמו ע"י עובד כוכבים, אף על פי שיגיע נזק לזה) (מהר"ם מרזבורג ותשובת רשב"א סי' קפ"א והרא"ש כלל ט"ז).
**אבל המוסר שאנסוהו להראות או להביא, ונתן ונשא ביד, אעפ"י שהוא חייב לשלם, אינו רשע, ובן תשלומין הוא בלבד, [ומשביעין אותו] כשאר הכשרים.**
הגה: וכן אם הודה שמסר, ואין ,עדים בדבר, אף על פי שאינו נפסל בהודאת עצמו, מכל מקום חייב לשלם (מרדכי פרק הגוזל בתרא):

## סעיף ט

### חומרת איסור מסירה ומתי מותר למסור

לשון הגמרא בגיטין ז.

**שלח ליה מר עוקבא לר' אלעזר**: בני אדם העומדים עלי ובידי למסרם למלכות, מהו?

**שרטט וכתב ליה**:"אמרתי אשמרה דרכי מחטוא בלשוני אשמרה לפי מחסום בעוד רשע לנגדי" (תהלים ל"ט)– אף על פי שרשע לנגדי אשמרה לפי מחסום.

**שלח ליה**: קא מצערי לי טובא, ולא מצינא דאיקום בהו!

**שלח ליה**: "דום לה' והתחולל לו" (תהלים ל"ז)– דום לה' והוא יפילם לך חללים חללים, השכם והערב עליהן לבהמ"ד והן כלין מאיליהן.

הדבר יצא מפי ר"א, ונתנוהו לגניבא בקולר.

**עולה מגמרא זו** שישנו איסור למסור ישראל ביד עכו"ם אף במידה והם מצעאות אותו.
**וכך כתב הרי"ף** (ב"ק מג.): ישמעינן מינה דאפילו במקום צער אסור למימסר בר ישראל למלכות עובדי כוכבים ל"ש גופיה ל"ש ממוניה', **וכן פסק הרמב"ם** (חובל ח, ט) **וכן פסקו הטור והשו"ע.**
ולעניין חומרת איסור מוסר יש לצטט מהגמרא בר"ה דף יז. וזה לשונה:

פושעי ישראל בגופן, ופושעי אומות העולם בגופן - יורדין לגיהנם, ונידונין בה שנים עשר חדש, לאחר שנים עשר חדש גופן כלה, ונשמתן נשרפת, ורוח מפזרתן תחת כפות רגלי צדיקים, שנאמר "ועסותם רשעים כי יהיו אפר תחת כפות רגליכם" (מלאכי ג).

אבל המינין, והמסורות, והמשומדים והאפיקורסים, שכפרו בתורה, ושכפרו בתחיית המתים, ושפירשו מדרכי צבור, ושנתנו חיתיתם בארץ חיים, ושחטאו והחטיאו את הרבים, כגון ירבעם בן נבט וחביריו - יורדין לגיהנם, ונידונין בה לדורי דורות, שנאמר: "ויצאו וראו בפגרי האנשים הפשעים בי וגו'" (ישעיהו סו) - גיהנם כלה והן אינן כלין, שנאמר:וצורם לבלות שאול (מזבל לו)(תהלים מט).

וכל כך למה - מפני שפשטו ידיהם בזבול, שנאמר מזבל לו, ואין זבול אלא בית המקדש, שנאמר:"בנה בניתי בית זבל לך" (מלכים א ח).

ועליהם אמרה חנה: 'ה' יחתו מריבו(שמואל א ב).

**אמר רבי יצחק בר אבין**: ופניהם דומין לשולי קדירה.

### מתי מותר למסור?

**הב"י הביא את דברי הרא"ש בתשובה**(כלל יז סימן ב) שמותר למסור אדם שמלשין, שהרי אפילו בידים מותר להורגו (כפי שיבואר בסעיף הבא)
**הדרכי משה (יא*) כתב בתחילה** שנראה שזה שלא כדעת הרמב"ם שאסר למסורבמקום צער של יחיד.
**ולבסוף כתב הדרכי משה** שיתכן שאף הרמב"ם מודה, והרמב"ם דיבר בצער בלא מסירה.
**הרמ"א הגביל דין זה** (על פי המרדכי) למציאות שלא יכל להציל עצמובדרך אחרת, וכתב שבמידה ויכל להציל עצמו ומסר חבירו, יש לדונו כשנים שמסרו זה את זה, ומי שהפסיד יותר את חבירו חייב לשלם (זה לפי גירסת הש"ך (נב) והגר"א (ס) שמחקתו את המילה 'או' מהרמ"א).

לשון השו"ע:

**אסור למסור לישראל ביד עובדי כוכבים אנסים, בין בגופו בין בממונו; ואפילו היה רשע ובעל עבירות; ואפילו היה מיצר לו ומצערו.**

הגה: ודוקא בדברים בעלמא; אבל אם מסרו, מותר למסרו, דהרי יוכל להרגו בדין במקום שיש חשש שיחזור וימסרנו לאנסים (הרא"ש כלל י"ז סי' א', וב' ותשו' רשב"א סי' קפ"א).

(או- [לפי גרסת השי"ך והגר"א יש למחוק]) אם אי אפשר להציל עצמו בדרך אחר; אבל אם אפשר להציל עצמו בדרך אחר; הוי כשנים שמסרו זה את זה וכל מי שהפסיד חבירו יותר חייב לשלם המותר בנזק שלם (מרדכי פ' הנ"ל ותשובת מיימוני לס' נזיקין סימן ט"ו).

**וכל המוסר ישראל ביד עובד כוכבים, בין בגופו בין ממונו, אין לו חלק לעולם הבא.**

## סעיף י

### היתר להרוג מוסר

לשון הגמרא בב"ק קיז.

ההוא גברא דהוה בעי אחוויי אתיבנא דחבריה,

אתא לקמיה דרב.

א"ל: לא תחוי ולא תחוי.

א"ל: מחוינא ומחוינא.

יתיב רב כהנא קמיה דרב, שמטיה לקועיה מיניה.

קרי רב עילויה:"בניך עולפו שכבו בראש כל חוצות כתוא מכמר"(ישעיהו נא)- מה תוא זה כיון שנפל במכמר אין מרחמין עליו, אף ממון של ישראל כיון שנפל ביד עובדי כוכבים אין מרחמין עליו.

**הגמרא מתארת סיפור**על אדם שאיים שימסור את תבן חבירו לאנסים, ואסר עליו רב לעשות כן, ואותו אדם אמר שאפ"כ יעשה כן.

רב כהנא שהיה עד לאירוע שבר את מפרקתו של אותו אדם, ורב שיבח את מעשהו וכתב שאין מרחמין על אדם המוסר ממון חבירו לעכו"ם.

**מגמרא זו למדים** שניתן להרוג את את המוסר.

**דין זה עולה גם כן מהגמרא בברכות דף נח**. בעניין מוסר גופו של ישראל: שם מסופר על ר' שילא שהלקה אדם על כך שבעל נכרית, והלך אותו אדם להלשין על ר' שילא בבית המלך שדן ללא רשות המלך, ובאו אליו מבית המלך ושאלו אותו מדוע הלקהו והשיב משום שבעל חמור, ורצה אותו אדם להלשין על כך שר' שילא התכוון שהגוים נחשבים כחמורים, ור' שילא הרגו הואיל והוא רודף ושייך בו הכלל- 'הבא להרגך השכם להרגו'.

**מכוח גמרות אלו פסקו הרמב"ם** (חובל ח, י) **והשו"ע**שמותר להרוג מוסר בכל מקום ואפילו בזמן הזה שאין דנין דיני נפשות, ומותר להרגו קודם שימסור מהרגע שאמר שהולך למסור, אך מתרין בו קודם, ואומרים לו אל תמסור, ובמידה והעיז פניו ואמר שבכל זאת ימסור, מצוה להרגו וכל הקודם להרגו זכה.

### מתי יש חיוב להתרות את המוסר קודם שהורגים אותו?

**המגיד משנה נדרש** לשאלה מדוע במקרה של ר' שילא לא הוזכר שהתרה בו קודם שהרגו, ותירץ ב' תירוצים:

א. אפשר שהזהירו

ב. שלא היה פנאי.

**על פי תירוצו השני של המ"מ פסק הרמ"א** שבמידה ואין פנאי אינו מחויב להתרותו.

### במידה וניתן להציל את המוסר על ידי אחד מאבריו, אם מותר להרגו

**הב"י הביא את דברי התשובות מיימוניות** (נזיקין סימן טו) **שם נאמר**שאם יכול להציל באחד מאבריו של המוסר או בחתיכת לשונו או בסימוי עינו, אסור להורגו וההורגו חייב מיתה.

**הב"י תמה עליו** מהמקרה של רב כהנא, שהרגו לא פגע רק באחד מאבריו.

**הדרכי משה(יא****) דחה את תמיהתו וכתב** שיתכן שבמקרה של רב כהנא לא הייתה אפשרות אחרת.
**הרמ"א** הביא את דברי התשובות מיימניות בלשון: 'ויש אומרים'.

לשון השו"ע:
**מותר להרוג המוסר אפילו בזמן הזה. ומותר להורגו קודם שימסור, אלא כשאמר: הריני מוסר פלוני בגופו או בממונו, אפי' ממון קל, התיר עצמו למיתה, ומתרין בו ואומרים לו: אל תמסור, אם העיז פניו ואמר: לא כי אלא אמסרנו, מצוה להורגו, וכל הקודם להרגו, זכה:**
הגה: ואם אין פנאי להתרות בו, אין צריך התראה (המגיד פ"ח דחובל).
וי"א דאין להרוג המוסר אלא אם כן אי אפשר להינצל ממנו באחד מאיבריו, אבל אם אפשר להצילו באחד מאיבריו, כגון לחתוך לשונו או לסמות עיניו, אסור להורגו, דהרי לא גרע משאר רודף (תשובת מיימוני הנ"ל ומרדכי הנ"ל בשם מהר"מ):

## סעיף יא

### האם מותר להרוג מוסר לאחר שמסר?

**כתב הרמב"ם**(חובל ח, יא): 'עשה המוסר אשר זמם ומסר, יראה לי שאסור להרגו. אלא אם כן הוחזק למסור הרי זה יהרג, שמא ימסור אחרים. ומעשים בכל זמן בערי המערב להרוג המוסרים שהוחזקו למסור ממון ישראל, ולמסור את המוסרים ביד הגוים להרגם ולהכותם ולאסרם כפי רשעם'.
**כתב הב"י:** "ונכון הוא, שהרי לא מצינו היתר בתלמוד אחר מעשה. עוד נראה לי כעין ראיה (סנהדרין עג.) מרודף אחר חבירו להרגו שניתן להצילו בנפשו וכן רודף אחר הזכור אחר הנערה מאורסה כולם קודם מעשה נהרגים, אחר מעשה אינם נהרגים אלא בבית דין ובעדים והתראה.
**השו"ע** הביא את תחילת דברי הרמב"ם שאין היתר להרוג לאחר המסירה.
(הרמ"א בסעיף ט הזכיר את המשך דינו של הרמב"ם בשם ת' הרא"ש שכשיש חשש שימסור שוב, מותר למוסרו.)
**המרדכי**(ב"ק קצו) **כתב בשם רבינו שמחה** שהרי"ף חולק על הרמב"סוסובר שמותר להרוג מוסר אף לאחר מעשה, והוכיח כן מכך שהרי"ף הוכיח שאין להפסיד ממונו של המוסר בידיים, מכך שהגמרא הסתפקה אם עשו תקנת נגזל במוסר, ואם היה סובר כרמב"ם לא הייתה הוכחה שהרי שם כבר מסר, ואף להורגו אסור.
**הש"ך (נה) כתב שהמהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק פרק י סימן נ)**דחה את הבנת המרדכי ברי"ף** (עיין בתשובת מהר"ם שהביא הב"י שנביא לקמן ממנה עולה דחיה אחרת והיא שכל דברי הרי"ף אמורים במקום שמוחזק למוסר ובזה מותר להרגו אף לאחר מעשה.)
**וכתב הש"ד שבספרו השיג על המהרש"ל** והוכיח שהעיקר כדעת רבינו שמחה שאפילו בפעם אחת נקרא מוסר ומותר להורגו.
**הש"ך הביא ראיה לזה מדברי תוספות** (קיז. ד"ה כיוון)שביארו במקרה של אותו אדם שמסר כנגד הפצרותיו של רב, שטוב עשה רב כהנא שהרגו משום שכבר הראה לגוי, ודבר ברור שיקח מן הנמסר, ועולה מדבריו שעל אף שכבר מסר, מותר להרגו.
**אך סיים הש"ך** שהרבה פוסקים נמשכו כדעת הרמב"ם בזה.

### האם מותר להרוג מוסר בידים?

**הבאנו לעיל שכתב הרמב"ם** שמותר למסור את מי שהוחזק למסור וכך כתב (חובל ח, יא): 'ומעשים בכל זמן בערי המערב להרוג המוסרים שהוחזקו למסור ממון ישראל'.
**אמנם הרא"ש בתשובה** (כלל יז סימן א הובאה בטור)**כתב שדעת ר"ח היא** שמותר להורידו לבור אך לא להרגו בידיים כמבואר בגמרא בע"ז (כו.) שאת המוסרים מורידים ולא מעלים.
**הש"ך(נו) כתב** שדעת ראשונים רבים הינה כשיטת הרמב"ם שמותר להרוג את המוסר בידיים.
**הש"ך הוכיח כשיטת הרמב"ם ו'דעימיה' מהשיטה בב"ק קיט.** שאומרת שמותר לאבד ממון מסור בידים שהרי לא גרע ממונו מגופו, ומשמע שמותר להרגו בידיים, ודחה את דברי המהרש"ל (ים של שלמה פרק ע סימן נ) שביאר שהכש"כ הוא שאם מותר להוריד מוסר (שלא בידים) כל שכן שמותר לאבד ממון בידיים.
**וביאר הש"ך** שהרמב"ם ו'דעימיה' יסברו שמה שכתוב במשנה- מורידים ולא מעלים, זה במקום שלא ניתן להרוג בידיים.
[באותה תשובה כתב הרא"ש שהריגת גוי נחשבת כ'גרמא', והמהרש"ל השיג עליו, והש"ך (סה) כתב שאין השגתו של המהרש"ל מוכחת].
**בסימן טו כתב הרמ"א כדברי הר"ח** שאסור להרוג בידים.
**ותמה עליו הש"ך (סו)** שסתם בזה כנגד פשט דברי השו"ע בסעיף יא וכן כנגד שיטות ראשונים רבות וכפי שהבאנו בשמו לעיל.

## כיצד מחזיקים אדם כמוסר?

**הב"י הביא תשובת רשב"א שם כתוב:** " ואיזה מוחזק כל שנודע לרבים שהוא כן, לא שהוחזק בבית דין של עשרים ושלשה ושקבלו עדיו בפניו שאם כן אין לך מוחזק עכשיו שאין לנו מומחין והרי החכמים מחברי הספרים שהעידו וכתבו שהמסור המוחזק הורגין אותו בכל זמן... ובאלו וכיוצא באילו אין משגיחין בבית דין של עשרים ושלשה וסמוכים ולקבל עדיו בפניו ולכלל כל הדברים הצריכים בדיני נפשות שאין הולכים בכל אלו אלא אחר ידיעת האמת לסלק הנזקין ולעשות גדרים בפני פרצות'.

**והביא הב"י שהשיב לו המהר"ם מרוטנבורג**: 'מנהג אבותינו תורות בכל מקומות ישראל שראינו... שכל הקודם להרגו זכה ואף על פי שלא הועד בפניהם רק שהיה הדבר ברור בעדות.

כי אף על פי שכתב הרמב"ם עשה המוסר אשר זמם יראה לי שאסור להורגו..הני מילי כשלא הוחזק במסירות שלש פעמים אבל אם הוחזק בכך שלש פעמים דאתחזק בין לרבי בין לרבן שמעון בן גמליאל (יבמות סד:) ולא הרגשנו בו צד תשובה כל הקודם להרגו זכה דגדולה חזקה דהא סוקלין ושורפין על החזקות (קידושין פ.).'

**השו"ע בסעיף טו פסק כדברי מהר"ם**שהמוחזק כמוסר ג' פעמים הורגים אותו.

## האם ניתן לשחרר מי שהוחזק כמסור ע"י ערבים?

**הב"י הביא את דברי הריב"ש**(סי' רלו) **שכתב**שכל מסור שיתכן שחייב מיתה, אין לבית דין להוציאו מבית האסורים בערבים בטוחים אפילו בסך נורא ובקנסות, כל עוד לא יתברר להם שאינו חייב מיתה, שהרי במידה ויברח אותו מוסר, לא יועילו הערבים כלום, משוסשלא יפגעו בהם במקומו מפני שהם לא עשו כלום, ועוד שהעובר ילך לו בלי שום עונש ולא נקיים בו ובערת הרע מקרבך. ועוד שמי שעבר עבירה שיש בה חיוב מיתה אין ראוי שילך ויטייל עצמו בשוק בעוד שבית דין מעיינים ונושאים ונותנים בדינו כמבואר במכילתא(משפטים פרשה ו), **והביאו הש"ך (נח)**

לשון השו"ע:

**עשה המוסר אשר זמם, ומסר, אסור להורגו אלא אם כן הוחזק למסור, שהרי זה יהרג שמא ימסור אחרים:**

## סעיף יב

## הגורם צער לציבור

**לשון הרמב"ם**(חובל ח, ח): 'וכן כל המיצר לציבור ומצער אותן מותר למסרו ביד גוים להכותו ולאסרו ולקנסו, אבל מפני צער יחיד אסור למסרו'. **וכן פסקו הטור והשו"ע** (בשו"ע כתוב 'כל המוסר' וכתב הש"ך (נט) והגר"א (עב) שיש לשנות ל'כל המיצר' כמבואר ברמב"ם ובטור).

**כתב הש"ך (ס)** שדווקא בענין צער יש חילוק בין יחיד לציבור, אבל אם אותו אדם מוסר, אין הבדל בזה והורגים אף את המוסר יחיד.

**אך הוסיף הש"ך** וכתב שיתכן שלדעת הרמב"ם הסובר שאין הורגים מוסר לאחר שכבר מסר אלא אם כן הוחזק, יש חילוק אף לעניין מוסר בין יחיד לציבור, שבציבור ניתן להורגו אף לאחר שמסר ואף אם לא הוחזק.

**הב"ח ציין מקור לדברי הרמב"ם** שמותר למסור את המיצר לציבור מהגמרא ביבמות (דף צ:)שם נאמר שבית דין מכין ועונשין שלא מן הדין וכו' לא מפני שהדין כך אלא שהשעה צריכה לכך.

**וביאר הב"ח**: 'והיינו לומר שכשרואין שהעם פרוצים בעברות עושים גדר שלא יתפרצו העם ומכאן למד דכשמיצר לרבים יש על בית דין לעשות גדר לצורך רבים שלא יתפרצו העם לצער הצבור אבל משום מיגדר מילתא דיחיד לא'. (ונראה לענ"ד מקור קצת דחוק).

**הגר"א(עב) ציין לגמרא בר"ה** (יז.)שם כוללת את הגמרא את 'הנותנים חיתתם בארץ חיים' יחד עם המוסרים, ומבואר בגמרא בהמשך שזהו הפרנס המטיל אימה על הציבור שלא לשם שמים. (ויש להעיר על כך ששם השווה למוסר לגבי חומרת העון ושעונשו גיהנם, אך מניין לנו לדמות זאת גם לגבי היתר מסירה, ואדרבה מכך שבגמ' בע"ז העוסקת בדין 'מורידים ולא מעלי', לא כללתם יחד משמע שאינם דומים לעניין זה, וצ"ע.)

**החת"ס בחידושיו** (גיטין ז.) העיר על כך שהפוסקים לא הראו מקור לדברי הרמב"ם וכתב שמקורו בגיטין ז. שם עולה שאין היתר למסור את המיצר, משום שיכול לילך השכם והערב לבית המדרש וד' יפילם וטעם זה שייך ביחיד, ולא בציבור שב'קדרי דבי שותפי' אין מי שישכים ויעריב.

## העושה מעשים האסורים ע"פ מלכות ומסכן בזה את שאר הציבור

**פסק הרמ"א ע"פ המהר"ם מריזבורק** שמי שעוסק בזיופים וכדומה, ויש לחוש שיזיק רבים, מתרין בו שלא יעשה כן, ואם אינו משגיח, יכולין למסרו ולומר שאין אחר שעוסק בזיופים אלא זה לבד.

### המוסר אדם למלכות על מה שחייב מן הדין למלכות

**עוד פסק הרמ"א מכוח מהר"ם מריזבורק** שמי שרוצה לברוח ולא לשלם לעובדי כוכבים מה שחייב, ואחר גילה הדבר, אין לו דין מסור, שהרי לא הפסידו רק שהוצרך לשלם מה שחייב.
**אך כתב הרמ"א** שמכל מקום ברעה עשה שהרי זה כמשיב אבידה לעובד כוכבים.
**עוד כתב הרמ"א** שאם גרם לו היזק חייב לשלם.
**וביאר הש"ך (לא)** שהכונה שגרם לו היזק יותר ממה שחייב לגוי.
לשון השו"ע:

**כל המוסר**(כתב הש"ך שיש לגרוס מיצר) **הצבור ומצערן, מותר למסרו ביד עובדי כוכבים אנסים להכותו ולאסרו ולקנסו; אבל מפני צער יחיד אסור למסרו:**
הגה: (וע"ל סי' תכ"ה ס"א). מי שעוסק בזיופים וכדומה, ויש לחוש שיזיק רבים, מתרין בו שלא יעשה, ואם אינו משגיח, יכולין למסרו ולומר שאין אחר מתעסק בו אלא זה לבד. מי שרוצה לברוח ולא לשלם לעובדי כוכבים מה שחייב, ואחר גילה הדבר, אין לו דין מסור, שהרי לא הפסידו רק שהוצרך לשלם מה שחייב, מכל מקום ברעה עשה דהוי כמשיב אבידה לעובד כוכבים; ואם גרם לו היזק, חייב לשלם לו מה שגרם לו (מהר"ם מרוזבורג).

## סעיף יג

### האם מותר לאבד ממונו של מוסר?

לשון הגמרא בב"ק קיט.

ממון מסור-רב הונא ורב יהודה:

**חד אמר:** מותר לאבדו ביד,

**וחד אמר:** אסור לאבדו ביד.

מאן דאמר מותר לאבדו ביד, לא יהא ממונו חמור מגופו.

ומאן דאמר אסור לאבדו, דלמא הוה ליה זרעא מעליא, וכתיב: "יכין רשע וצדיק ילבש" (איוב כז).

**בגמרא מבואר שנחלקו רב הונא ורב יהודה** אם אם מותר לאבד ממונו של מוסר ביד.
**אחד האמוראים סבר** שמותר, ק"ו מכך שמותר להרגו.
**והשני סבר** שאסור משום שיתכן שזרעו יהיה זרע טוב, ויש להותיר לו את הממון.
**הרי"ף** (מו.) **פסק** שאין לאבד ממונו של מוסר ביד, והוכיח כן מכך שהגמרא הסתפקה אם תקנו תקנת הנגזל במוסר, ואם היה מותר לאבד ממונו ביד, לא היה מקום לספק זה.
**וכן פסקו הרמב"ם** (חובל ח, יא) **הטור והשו"ע** שאין לאבד ממון מוסר ביד.
[יש לציין שישנם ראשונים שחלקו על פסיקתו של הרי"ף:
המרדכי[קידושין סימן קצד] כתב בשם רבינו ברוך שיש לדחות את ראית הרי"ף ולומר שהספק בתקנת הנגזל הוא במידה שחזר בתשובה.
והמרדכי בקידושין [סימן תצב]הביא שפסק רש"י בתשובה[סימן קעד] שדין זה נשאר בספק ואין מוציאים ממון מהמוחזק)

### האם מותר להזיק ממון מוסר בגרמי?

**כתב הטור בשם בעל העיטור**שדווקא ביד אסור לאבד ממונו של מוסר, אבל מותר לעשות לו גרמא או אפילו דינא דגרמי, והביאו הש"ך (סא)
**והוסיף הש"ך בשם רבינו ירוחם** שמכול מקום אסור למסור את ממונו של המוסר לעכו"ם, ודייק מהמהרש"ל (ים של שלמה ב"ק י, נ) שאם מסר ממון המוסר חייב לשלם.

### האם מותר למסור ממון המוסר במידה ומועילה מסירתו רק מחמת שהוא עשיר?

**כתב הש"ך (סא)** שנראה שמותר למסור ממון המוסר במידה וכל הסיבה שדבריו של המוסר נשמעים הם מחמת עושרו, שהרי במה שמאבדים ממונו- מצילים אחרים.

### האם יכול הנמסר לעכב את ממון המוסר לעצמו?

**המרדכי** (ב"ק סימן קצד) **כתב בשם מורו**(של רבינו ברוך) שכל מחלוקת האמוראים, היא: אם מותר לאבד ממון מוסר, אך כולם מודים שיכול הנמסר לעכב את ממון המוסר לעצמו, וסיים (לכאורה רבינו ברוך) וצ"ע..
**הרמ"א הביא דיעה זו בשם 'יש אומרים'.**

**הש"ך (סג) הביא שהמהרש"ל** (ים של שלמה י, נ)**הכריע נגד זה,** ושם כתב המהרש"ל שבצדק סיים במרדכי בצ"ע משום שבש"ס משמע שאין להפסיד ממון מוס משום בניו, ולפי זה יש להקדימם אף לנמסר.
**הש"ך הצדיק את דברי המהרש"ל** וכתב שרואים במרדכי שדיעה זו הינה כנגד שיטת הרי"ף (א"א-אמת שהביאה אחר דברי הרי"ף אך לענ"ד אין רמז שזה חולק על הרי"ף וגם לא הבנתי מנין ההנחה שהרי"ף יחלוק)**וכתב הש"ך** שאף מתשובת רש"י המופיע במרדכי בקידושין סימן תצב משמע שאף לעצמו אסור לעכב, עי"ש.
הפת"ש (ו) הביא שהחת"ס (חו"מ סימן קנד) הצדיק את פסק הרמ"א ודחה דברי הש"ך, וכתב שאין שום הכרח מדברי הרי"ף ורש"י כנגד פסק הרמ"א ודברי רבינו ברוך, וכתב שגם הסברא ש'צדיק ילבש' נכונה גם לנמסר ולאו דווקא לילדיו, ולכן אם עיכב לעצמו זה מועיל.

### האם יש חיוב להשיב אבידה של מוסר?

**תוספות**( עבודה זרה דף כו: ד"ה "אני שונה') **הסתפקו** האם ישנו חיוב להשיב אבידתו של מוסר כשם שאסור להזיק ממונו וזאת בזכות זרעו, או שדין אבידה לא נאמר ביחס למוסר שהוא גרוע מן המומר שנתמעט מדין אבידה.
**ובהגהת אשר"י**(ב"מ פרק ב סימן ל) **כתב בפשיטות** שאין משיבים אבידת מוסר.
(הש"ך הביא דברי תוס' והגהות אשר"י).

לשון השו"ע:
**אסור לאבד ממונו של מוסר אף על פי שמותר לאבד גופו, שהרי ממונו ראוי ליורשיו.**
ויש אומרים דמותר ליטול ממונו לעצמו, דאינו אסור אלא לאבדו (מרדכי פ' הגוזל בתרא).

## סעיף יד

### כיצד מקבלים עדות על מוסר?

**הטור הביא את דברי הרא"ש בתשובה**(כלל יז סימן א)**שפסק** שאין צורך בקבלת העדות בפני המוסר'כי הדבר ידוע מי שהוא מוחזק מלשין בשקר לאנסים מקרבין אותו בשביל הנאתן ואילו רצה לקבל העדות לפניו ולדרוש ולחקור בדינו לעולם לא יענשו אותו כי נצול ע"י מסירה לאנסים.
**אמנם הב"י הביא תשובת רשב"א** שהאריך למצוא פתרונות הלכתיים כיצד לקבל עדות על מוסר שלא בפניו (כגון שהוא אסור שדימהו לחולה ועוד עי"ש), ומשמע שסבר שדינו של מוסר אינו שונה בזה מדינו של אדם רגיל.
**השו"ע סתם כרא"ש** שניתן לקבל עדות על מוסר שלא בפניו.
**והרמ"א הוסיף עוד מהעולה מהתשובה הנ"ל** שאין צורך לכון עדותו כל כך, וכיון למה שכתב הרא"ש שאם נדרוש ונחקור בדינו לעולם לא יענש.
**הש"ך (סד) חידד** שהחידוש הוא שאף שזהו דיני נפשות הצריכין דרישה וחקירה אין מקפידים בזה במוסר.

לשון השו"ע:
**מוסר, מקבלים עדות שלא בפניו.** הגה: ואין צריכין לכוין העדות כל כך (טור).

## סעיף טו

### מוסר שהוחזק, מדבר דברי מסירות ברבים, מוסר ע"י שליח, ומוסר שטר פרוע לגוי

### מוסר שהוחזק

**התבאר לעיל סעיף יא**(עמוד294) שמי שהוחזק במסירה ג' פעמים הורגים אותו, גם לאחר מסירתו, וכן פסק השו"ע כאן.

### האם מותר להרוג את המוחזק כמוסר בידיים

**הרמ"א פסק כאן** שאין להרוג את המוחזק כמוסר בידיים, ועיין לעיל בסעיף יא (עמוד 293) שהשיג עליו הש"ך על שסתם כדעת הר"ח ולא כרמב"ם ושאר ראשונים.

## המדבר דברי מסירות בפני גוים וע"י כך הגיע לשר

**הב"י הביא את מתשובות המיוחסות לרמב"ן** (סימן רמ) **שדן** באדם ש'חירף וגידף הממונים הממשכנים אותו והרים קול ברחובות לפני גוים כי היהודים עוברים מאמר המלך ולוין יותר ממצותו'ופסק שאותו מלשין פטור מדיני אדם במידה ולא אמר בעצמו לשר, אך חייב בדיני שמים אם הגיע מחמת דיבורו הפסד לחבירו, וביאר שמדיני אדם פטור ש'הרי זה פחות ממרביץ ארי לפני בהמת חבירו (ב"מ צ:) שאינו מזיק ממש אלא שמענישין אותו תחלה ומשמתין אותו עד שיקבל עליו הנזק שיבא מתוך מעשיו כמבואר בב"ק (קיד.) ובב"מ (קח:) בעניין ישראל שמכר קרקע לגוי הגובלת במיצר של ישראל אחר שמנדים אותו עד שמקבל עליו את כל האונסים העלולים לבוא מחמת מכירה זו, ומוכח שכל שלא קיבל עליו והוזק בנתיים חבירו, הוא פטור מן הדין מלשלם, **וכן פסק הרמ"א.**

## מסירה על ידי שליח

**הב"י הביא את דברי התשב"ץ בתשובה**(סימן קנו) שדן באדם שלוה מן הגוי, ואותו גוי הפקיד את השטר אצל אדם מסויים[להלן 'הנפקד'], וזקן העיר לקח את השטר מהנפקד בחזקה ומסר את השטר לשר העיר, וכרגע תובע השר את החוב מן הלווה, משום שהמלוה כבר אינו בעיר, והלוה טוען שכבר פרע, ותובע את הנפקד על שהראה שטרו לאותו זקן שמסרו לשר.
**ופסק התשב"ץ** שאם אותו זקן שמסר לשר לא היה מוחזק במסירה, אין לחייב את הנפקד, שהרי הוא רק הראה שטרותיו לאדם שלא הוחזק כמוסר.
אך במידה והיה הזקן מוחזק במסירה יש לחייב את הנפקד, וכן יש לחייב במידה ומסר אותו זקן את השטר לשר משליחותו של הנפקד, ולא שייך בזה הכלל- 'אין שליח לדבר עבירה' משום שהשליח הוחזק כמוסר וכאנס ואינו בכלל ישראל, וברור שאינו שומע לדברי הקב"ה ולכן לא שייכת הסברא של כלל זה, שהיה לשליח לשמוע לדברי הרב ולא לדברי התלמיד, וממילא אחריות העבירה היא על המשלח.
**עוד כתב התשב"ץ** שיש לדמות זאת לדין 'שליחות יד', שבזה יש 'שליח לדבר עבירה'.
**עוד כתב התשב"ץ** שעצם זה שמסר ביד מי שהוחזק כמוסר, הרי הוא מוסר.
**הרמ"א פסק** בעקבות דברי התשב"ץ ששהשולח שליח למסור ושהשליח מוחזק כמוסר, מחוייב המשלח.
**הש"ך (סז) השיג על פסק זה וכתב** שאינו נראה, וביאר שאפילו הסוברים שיש 'שליח לדבר עבירה' כשהשליח אינו 'בר חיובא', יודו שבמקרה שלנו 'אין שליח לדבר עבירה' משום שהשליח הוא כן 'בר חיובא'. ומלבד זאת הסיק הש"ך שהעיקר להלכה ש'אין שליח לדבר עבירה' גם במידה והשליח אינו 'בר חיובא'.
**עוד כתב הש"ך** שאף התשב"ץ לא פסק כן אלא מכוח עוד טעמים, והוא שבשליחות יד אין שייך כלל זה, וכן שמסרו למוחזק שהוא עצמו אנס.
**אך כתב הש"ך** שאף טעמים אלו אינם נראים משום ששליחות יד זה דווקא כששלח יד בממון ולא במסירה, ועוד שבשטרות לא שייך 'שליחות יד' משום ש'שליחות יד' הינה גזילה ואין גזילה בשטרות.
**הקצות (יב) צידד אף הוא בדברי הש"ך** וכתב שמסתבר שהכלל 'אין שליח לדבר עבירה' אינו תלוי בטעם של 'דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים' כמבואר בריטב"א (מב: ד"ה 'שאני התם') שעיקר דין זה הינו גזירת הכתוב, וכתב הקצות שכן מוכח משיטת רש"י המופיע במרדכי (ב"מ סימן שלח) שמותר להלוות בריבית ע"י שליח, משום שאין איסור ע"י שליח, ובזה לא שייך לומר שהטעם הוא מכוח סברת 'דברי הרב ודברי התלמיד דברי מי שומעים' שהרי שם התיר לכתחילה.
**הפת"ש (ז) הביא שהשבות יעקב**(חלק א סימן קסד)צידד בפסק הרמ"א וכתב שדברי הש"ך אינם מוכרחים.
**ועל פי זה פסק השבות יעקב** לחייב אדם ששלח גוי לבייש חבירו ברבים, והעלה בזה מספר נימוקים:

א. הגוי אינו בר חיובא, ובזה יש שליח לדבר עבירה.
ב. הגוי מוחזק במעשה זה ובזה יש שליח לדבר עבירה.
ג. עצם שליחת הגוי יש בה מעשה מסירה.

**עוד הביא הפת"ש שאף החתם ספר**(חו"מ סימן קפה)**צידד בפסק הרמ"א** אך כתב שדבריו נכונים שלא מטעם שיש שליח לדבר עבירה, אלא מהטעם שהוא עצמו נחשב כמוסר שסר לאותו זקן מכוח אונס ומה לי אנס ישראל ומה לי אנס גוי, אלא שמלשין לגוי אנס חייב אפילו לא מסר אלא ממונו ומוסר לישראל אינו חייב אלא במוסר גופו, ובמקרה של התשב"ץ זה נחשב שמסר גופו, הואיל ואותו זקן מסר אותו לגוי, ובגוי לעולם מסירה נחשבת כמסירת גופו כמבואר.

## המוסר שטר פרוע לעכו"ם וידע שיפרע מן הלוה שוב, אם חייב לשלם

**מכוח תשובת התשב"ץ שהובאה לעיל פסק הרמ"א**: שהמוסר שטר פרוע לעכו"ם וידע שיתנו לשר ויכוף הישראל לפרוע שנית- חייב לשלם.

**הש"ך (סח) השיג על פסק זה וכתב**שאין כלל חיוב במסירת שטר פרוע למלוה כמבואר בתשובת רשב"א (ג, עו)שאם שליש החזיר שטר הלוואה למלוה שלא כדין פטור, שאינו אלא גרמא, והביאוהו הב"י והד"מ בסימן שפו והש"ך בס"ק כא, [עיין לעיל בעמוד 267]והשיג בזה על מה שכתב התשב"ץ: 'וגדולה מזאת שאפילו היה ראובן המלוה ושמעון מסר שטרו ביד מוסר והפסיד חובו מיחייב שמעון מדין מוסר', וכתב שאכן דין זה נכון, אך אין זה 'גדולה מזו', ודווקא בזה חייב ולא מדין מוסר אלא שהרי זה ממש כשורף שטר חבירו, אבל אם מוסר שטר שעלול להוביל לגביה מחודשת אינו חייב שזוהי גרמא בעלמא.

לשון השו"ע:

**מי שמוחזק ששלשה פעמים מסר ישראל או ממונם ביד אנסים, היו מבקשים עצה ותחבולה לבערו מהעולם.**

הגה: על ידי גרמא, אף על פי שאסור להורגו (בידים).

מי שמדבר בפני קהל ועדה דברי מסירות, ועל ידי זה נשמע לאנס וגרם היזק, אף על פי שאין לו דין מסור מכל מקום מענישין אותו לפי ראות עיני הדיינים (ריב"ש סימן רל"ט ותשובת רמב"ן סימן ר"מ). מי ששלח שליח למסור, אם השליח הוחזק לעשות, חייב המשלחו, ואין לומר אין שליח לדבר עבירה, הואיל והוחזק בכך. וכן אם מסר שטר פרוע לעובד כוכבים, ויודע שיתנו לשר ויכוף הישראל לפרוע שנית, חייב לשלם (בית יוסף בשם תשב"ץ ומהר"ם מרזבורג).

## סעיף טז

### חיוב הוצאות על ביעור מוסר

**הב"י הביא את דברי הרא"ש בתשובה** (כלל ו סימן כב) **שכתב** שכל בני העיר מחויבים בתשלום ההוצאות של ביעור המוסר מקרבם, מפני שזה צורך תקנת הישוב שישמעו אחרים ולא יעשו כן. לכן אף מי שמשלם מס לעיר אחרת, מחוייב לשלם במידה והוא גר בעיר זו, **וכן פסק השו"ע.**

לשון השו"ע:

**הוצאות שעשו לבער מוסר, כל הדרים בעיר חייבים לפרוע בהם, אפילו אותם שפורעים מס במקום אחר:**

# סימן שפט

## דין ממון האדם שהזיק, וחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל

ובו כ' סעיפים:

## סעיף א

### חיוב על הזקי בהמה

לשון השו"ע:

**כל נפש חיה שהוא ברשותו של אדם שהזיקה, חייבים הבעלים לשלם, שנאמר: "כי יגוף שור איש את שור רעהו** (שמות כא, לה),**אחד השור ואחד שאר בהמה חיה ועוף, לא דבר הכתוב בשור אלא בהווה:**

כן מבואר במשנה בב"ק נד: וזה לשונה:

אחד שור ואחד כל בהמה - לנפילת הבור, ולהפרשת הר סיני, ולתשלומי כפל, ולהשבת אבידה, לפריקה, לחסימה, לכלאים, ולשבת; וכן חיה ועוף כיוצא בהן. א"כ, למה נאמר שור או חמור? אלא שדבר הכתוב בהווה.

ומבואר במשנה בידים (ד, ז) שאין לחייב על נזקי עבד מדין נזקי ממונו, הואיל ויש לו דעת, וזה לשון המשנה:

אומרים צדוקין:

קובלין אנו עליכם פרושים שאתם אומרים שורי וחמורי שהזיקו חייבין ועבדי ואמתי שהזיקו פטורין, מה אם שורי וחמורי שאיני חייב בהם מצות הרי אני חייב בנזקן עבדי ואמתי שאני חייב בהן מצות אינו דין שאהא חייב בנזקן.

אמרו להם:

לא, אם אמרתם בשורי וחמורי שאין בהם דעת תאמרו בעבדי ובאמתי שיש בהם דעת שאם אקניטם ילך וידליק גדישו של אחר ואהא חייב לשלם:

## סעיף ב

### הבדל בין היזק 'רגל' להיזק 'קרן'?

לשון השו"ע:

**וכמה משלם?**

**אם הזיקה בדברים שדרכה לעשות תמיד כמנהג ברייתא, כגון בהמה שאכלה תבן או עמיר או שהזיקה ברגלה או בדרך הילוכה, חייב לשלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו, שנאמר: מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם** (שמות כב, ד).

**ואם שינתה ועשתה מעשים שאין דרכה לעשות תמיד, והזיקה בהם, כגון שור שנגח או נשך, חייב לשלם חצי נזק מגוף המזיק עצמו, שנאמר: ומכרו את השור החי וחצו את כספו וגו'** (שמות כא, לה).

מקורו במשנה בב"ק טז: וזה לשונה:

מה בין תם למועד? אלא שהתם - משלם חצי נזק מגופו, ומועד - משלם נזק שלם מן העלייה.

## סעיף ג

### הזקי קרן בשור תם

לשון השו"ע:

**<u>סעיף ג:</u>**

**כיצד?**

**שור שוה מנה שנגח לשור שוה עשרים והמיתו, והרי הנבלה שוה ארבעה, בעל השור המזיק חייב לשלם שמנה, ואינו חייב לשלם אלא מגוף השור שהזיק, שנאמר: ומכרו את השור החי** (שמות כא, לו):

**<u>סעיף ד:</u>**

**לפיכך אם המית שור שוה עשרים לשור שוה מאתים, והנבלה שוה מנה, אין בעל הנבלה יכול לומר לבעל החי: תן לי חמשים, אלא אומר לו: הרי השור שהזיק לפניך, קחהו ולך, אפילו אינו שוה אלא דינר; וכן כל כיוצא בזה.**

## סעיף ה

**הגדרת מועד**

לשון השו"ע:

**העושה מעשה שדרכו לעשותו תמיד כמנהג ברייתו, הוא הנקרא מועד. והמשנה ועשה מעשה שאין דרך כל מינו לעשותו כן תמיד, כגון שנגח או נשך, הוא נקרא תם. וזה המשנה, אם הרגיל בשינויו פעמים רבות, נעשה מועד לאותו דבר שהרגיל בו, שנאמר: "או נודע כי שור נגח הוא"** (שמות כא, לו).

## סעיף ו

**אלו נזקים נחשבים כקרן ואלו נחשבים כשן?**

לשון השו"ע:

**חמשה מעשים תמים יש בבהמה, ואם הועדה לאחד מהם, נעשית מועדת לאותו מעשה.**

**ואלו הם:**

**הבהמה אינה מועדת מתחלתה לא ליגח ולא ליגוף ולא לנשוך ולא לרבוץ על הכלים גדולים ולא לבעוט, ואם הועדה לאחד מהם הרי זו מועדת לו.**

**אבל השן מועדת מתחלתה לאכול את הראוי לה, והרגל מועדת מתחלתה לשבר בדרך הילוכה.**

מקורו במשנה בב"ק טו:

## סעיף ז

**רביצה על פכים קטנים**

לשון השו"ע:

**הבהמה: יש מי שאומר שהיא מועדת מתחלתה לרבוץ על פכים קטנים ולמעך אותם.**

**ויש חולקים עליו.**

לשון הגמרא בב"ק טז.

הבהמה אינה מועדת מתחלתה..ולא לרבוץ:

**אמר רבי אלעזר:** לא שנו אלא פכין גדולים, אבל פכין קטנים אורחיה הוא.

**לימא מסייע ליה:** הבהמה מועדת להלך כדרכה ולשבר ולמעך את האדם ואת הבהמה ואת הכלים!

דלמא מן הצד.

**איכא דאמרי:**

**א"ר אלעזר,** לא תימא: פכין גדולים הוא דלאו אורחיה, אבל פכין קטנים אורחיה הוא, אלא אפילו פכין קטנים נמי לאו אורחיה הוא.

**מיתיבי:** ולמעך את האדם ואת הבהמה ואת הכלים!

**אמר רבי אלעזר:** דלמא מן הצד.

**איכא דרמי לה מירמא,** תנן: ולא לרבוץ, והתניא: ולמעך את האדם ואת הבהמה ואת הכלים! **אמר רבי אלעזר,** לא קשיא: כאן בפכין גדולים, כאן בפכין קטנים...."

**כלומר,** הגמרא מציגה גרסאות שונות ביחס לשאלה האם דווקא רביצה על פכים גדולים נחשבת כהיזק 'קרן' אך רביצה על פכים קטנים חשובה כהיזק שכיח [רגל], שאין חילוק בזה:

**מהלישנא הראשונה והאחרונה עולה** שיש לחלק בינהם.

**בלישנא השניה עולה** שאין לחלק בינהם.

**ונחלקו הראשונים כיצד לפסוק:**

**סימן שפט**- דין ממון האדם שהזיק, וחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל

**הרי"ף פסק** כלישנא האמצעית שכל רביצה חשובה כהיזק של קרן.
**הרמב"ם** (נזקי ממון א, ה) **פסק** כ2 הלישנות האחרות שבפכים קטנים- רביצה נחשבת כהיזק רגל.
**השו"ע**הביא בתחילה בלשון יש אומרים את דעת הרמב"ם שרביצה על פכים קטנים חשובה כהיזק שן, ולאחר מכן כתב בלשון 'ויש חולקים' את דעת הרי"ף שאין לחלק בזה.

## סעיף ח

### חיות שלעולם מועדות

לשון המשנה בב"ק טו:

הזאב, והארי, והדוב, והנמר, והברדלס, והנחש - הרי אלו מועדין;

**רבי אלעזר אומר:** בזמן שהן בני תרבות אינן מועדין, והנחש מועד לעולם...."

ובגמרא בב"ק טז:

**אמר שמואל:** ארי ברה"ר, דרס ואכל – פטור. טרף ואכל – חייב.

דרס ואכל - פטור, כיון דאורחיה למידרס הוה ליה כמו שאכלה פירות וירקות, דהוה ליה שן ברשות הרבים ופטור, טרף - לאו אורחיה הוא.

למימרא, דטריפה לאו אורחיה הוא, והכתיב: 'אריה טורף בדי גורותיו!'(נחום ב')- בשביל גורותיו. "ומחנק ללבאותיו"- בשביל לבאותיו. "וימלא טרף חוריו" בשביל חוריו. "ומעונותיו טריפה"- בשביל מעונותיו.

והתניא: וכן חיה שנכנסה לחצר הניזק, טרפה בהמה ואכלה בשר - משלם נזק שלם! הכא במאי עסקינן - שטרפה להניח.

הא אכלה קתני!

בשנמלכה ואכלה.

מנא ידעינן?

ועוד, דשמואל נמי דלמא הכי הוא!

אמר רב נחמן בר יצחק, לצדדין קתני: שטרפה להניח, או דרסה ואכלה - משלמת נזק שלם.

**התוספות** (ב"ק טז. ד"ה 'והנחש') **והרא"ש** (ב"ק א, כא) **פסקו כשמואל**, וע"פ זה הסיקו שחיות אלו מועדות רק למה שהם רגילות.
**אך הרמב"ם**(נזקי ממון א, ו)לא חילק בזה.
**וביאר הגר"א (כ)** שהרי"ף והרמב"ם השמיטו את דיני של שמואל ולא פסקו כמותו, הואיל והגמ' הקשתה עליו קושיות רבות, ותירוצי הגמרא הינם שינויים דחוקים.
**השו"ע** סתם כדברי הרמב"ם.
**והרמ"א** הביא את דעת תוספות והרא"ש.
[יש לציין שהשאלה אם הם מועדים לעולם אינה דווקא נוגעת לשאלה אם חייבים נזק שלם או חצי, אלא בכללי אם דיני נזקים אלו חשובים כ'קרן' או כרגל ונ"מ רבות לעניין היזק ברה"ר ועוד כמבואר בדברי שמואל]

## סעיף ט

### מנין משלמים על נזקי תם ומועד?

לשון השו"ע:

**כל מועד משלם נזק שלם מהיפה שבנכסיו; וכל תם משלם חצי נזק מגופו.**

כמבואר במשנה בב"קטז: וזה לשונה:

מה בין תם למועד? אלא שהתם - משלם חצי נזק מגופו, ומועד - משלם נזק שלם מן העלייה.

## סעיף י

### פטור ההיזק ברשות הניזק

לשון המשנה בב"ק ט:

כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו....בכל מקום, חוץ מרשות המיוחדת למזיק, ורשות הניזק והמזיק.

**סימן שפט-** דין ממון האדם שהזיק, והחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל

ובגמרא בב"ק יג:

חוץ מרשות המיוחדת למזיק. דאמר ליה: תורך ברשותי מאי בעי?

**במשנה מבואר** שאין לחייב על הזקי ממון של אדם במידה וההיזק נעשה בתוך רשות המזיק.

**בגמרא מבואר** שהטעם יש לפטור את המזיק כשהזיק ברשותו הוא משום שיכול לומר לניזק: 'מה עשית ברשותי'.

**הרמב"ם** (נזקי ממון א, ז)**הביא טעם זה והוסיף**: 'הרי מפורש בתורה: 'ושלח את בעירו ובער בשדה אחר'.

**הרמ"א התקשה** שהרי שהפסוק עוסק בנזקי שן ורגל והגמרא למדה מכך לפוטרו מרה"ר ומרשות שניהם, וכאן העיסוק הוא גם בפטור של קרן וברשותו של המזיק, ופשוט שאין זה מכוח פסוק אלא מסברא כמבואר בגמרא?!

**האבן האזל כתב לתרץ** שההיתר של פטור רגל ברשות הרמב"ם הוא משום שיש לה רשות להלך ברשות הרמב"ם וכן כמבואר בדברי הרמב"ם הלכה ח, אך בקרן אין היתר ברה"ר משום שלא היה לו לתת לשור מועד להלך כדרכו בחוץ [ובתם החיוב הינו מכוח קנס בלבד] ,ולכן ניתן ללמוד מפטור רה"ר ברגל לפטור קרן ברשות המזיק שהרי שם ודאי היה לו לתת לשורו להלך שם.

## נכנס ברשות לבית המזיק

לשון הגמרא בב"ק לג.

**ת"ר**: פועלים שבאו לתבוע שכרן מבעל הבית, ונגחן שורו של בעל הבית, ונשכן כלבו של בעה"ב ומת – פטור.

**אחרים אומרים**: רשאין פועלין לתבוע שכרן מבעל הבית.

הכי דמי?

אי דשכיח במתא, מ"ט דאחרים? אי דשכיח בבית, מ"ט דת"ק?

לא צריכא, בגברא דשכיח ולא שכיח, וקרי אבבא ואמר להו אין:

**מר סבר**: אין - עול תא משמע,

**ומר סבר**: אין - קום אדוכתך משמע.

תניא כמ"ד: אין - קום אדוכתך משמע, דתניא: פועל שנכנס לתבוע שכרו מבעה"ב, ונגחו שורו של בעה"ב או נשכו כלבו - פטור, אע"פ שנכנס ברשות; אמאי פטור? אלא לאו דקרי אבבא ואמר ליה אין, וש"מ: אין - קום אדוכתך משמע.

**הברייתא דנה** בדבר פועלים שנכנסו לבית בעל הבית שלהם, על מנת לתבוע שכרם, ונגחם שורו של בעה"ב:

**ת"ק סבר** שבעל הבית פטור מלשלם על היזק שורו.

**ואחרים סוברים** שיש לחייב את בעל הבית.

**ביארה הגמרא** שמחלוקתם הינה דווקא במציאות של אדם ש'מצוי ואינו מצוי' בעיר ולכן נאלצו לבוא לבית לדרוש שכרם, וכשדפקו בדלת, אמר להם: 'כן', והמחלוקת היא האם נכון היה לפרש דבריו כ: 'כן תכנסו', או 'כן, עמדו במקמוכם'.

**הרי"ף** לא הביא כלל את דינם של הפועלים הבאים לתבוע שכרם.

**וביאר הרא"ש** שזאת משום שכיום אין רלוונטיות לדין זה, משום שהמנהג הוא להכנס לבית בעל הבית, ולכן פשוט שיש לחייב את בעל הבית, וכן פסק הרמ"א שיש לחייב על היזק שנעשה כשנכנסו הפועלים.

**הט"ז תמה על דברי הרא"ש** שהרי מדבריו יוצא שהרי"ף השמיט מפני שלעולם יש לחייב את בעה"ב על כניסת הפועלים, והרי בפועל השמטתו קובעת את הדין ההפוך שלעולם יש לפטור מהיזק הנעשה ברשותו של בעל הבית כמבואר במשנה, והסיבה שהוא סבר שכל שלא הורה להם במפורש להכנס, אין לחייבו, וכדעת ת"ק ולכן לא ראה צורך להביא דין זה הואיל ולהלכה אין חילוק בין פועל לשאר בני אדם.

**עוד הביא הט"ז שאף המהרש"ל** (ים של שלמה פרק ג סימן כה) הבין שהרי"ף להלכה פוטר בכל מצב, אך המהרש"ל ביאר את סיבת השמטתו באופן אחר, והוא שדין זה נסוב בעיקרו לגבי שור שהמית ולדין כופר שאינו שייך כיום, ועיקר הדין של מציאות של כניסה למי ש'מצוי ואינו מצוי', אין בה שום חידוש, והחידוש הוא רק במציאות שגם דפק וגם הוא 'מצוי ושאינו מצוי' וזוהי מציאות שאינה שכיחה ולא ראה הרי"ף צורך לדון בה.(עוד דחה המהרש"ל את סברת הרא"ש שכיום המציאות השתנתה, משום שהדרך להכנס לבית בעה"ב לדרוש כספם וכתב המהרש"ל: 'ודבר תימה הוא, דאטו בזמנם היה מנהג סדום. ששום אדם לא היה נכנס לבית חבירו בלא רשות, אפילו אם היה צריך לו', וביאר שלמרות שהמהג להכנס, מכול מקום פטור בעל הבית 'מאחר שיכול בעל הבית למחות בו אם רוצה. א"כ נקרא שלא ברשות, ולא קבל עליו שמירתו).

לשון השו"ע:

**במה דברים אמורים?**

**כשנכנסה הבהמה לרשות הניזק והזיקתהו.**
**אבל אם נכנס הניזק לרשות המזיק והזיקתהו בהמתו של בעל הבית, הרי זה פטור על הכל, שהרי הוא אומר לו: אילו לא נכנסת לרשותי לא הגיע לך היזק. הרי מפורש בתורה, ושלח את בעירו ובער בשדה אחר** (שמות כב, ד).
הגה: כל זה לשון הרמב"ם; וצ"ע דמקרא זה בשן ורגל הוא דכתיב לפטרן ברשות שניהם, אבל ברשות המזיק דפטור אפילו בקרן אין ענין מקרא זה טעם אליו, אלא דפטור מכח דאמר ליה: אילו לא נכנסה כו';
והא דפטור ברשות המזיק דוקא שנכנס שלא ברשות, אבל נכנס ברשות, כגון פועלים הנכנסים לתבוע שכרן, ונגחן שורו של בעל הבית, חייב (טור ס"ה בשם הרא"ש).

## סעיפים א-יב

### באיזה רשות יש לחייב על נזקי שורו בקרן וברגל?

במשנה בב"ק יט: נאמר:

כיצד השן מועדת? לאכול את הראוי לה.

במה דברים אמורים - ברשות הניזק, אבל ברשות הרבים - פטור.

**מבואר במשנה** שאין לחייב על היזק שן הנעשה ברשות הרבים', **וכן פסק השו"ע.**

### מהו הטעם שפטור על היזק שן ורגל ברה"ר?

**הרי"ף כתב** שהטעם שיש לפטור על היזק שן ורגל ברה"ר, הוא משום שדרכם בכך.

**הרא"ש**(ב"ק א, א) **תמה על דבריו וכתב:**

'תמיה לי מה הוצרך לפרש טעמא דפטירי משום דאורחייהו הוא הא קרא כתיב "ובער בשדה אחר" ודרשינן ולא ברה"ר.

**ואפשר שבא לפרש טעם הפסוק** למה פטרתו תורה ברה"ר לפי שדרכו לילך ברה"ר ואי אפשר שילכו הבעלים אחריהן תמיד. אבל קרן חייבת ברה"ר אף על פי שדרכו לילך שם דכיון דאייעד ויודע שהוא נגחן הוה ליה למריה לנטוריה (והכי) קי"ל דקנסא הוא כי היכי דלינטריה לתוריה.

**ונפקא מינה מטעם זה** שאם היה עץ ארוך מונח מקצתו ברה"ר ומקצתו ברה"י ודרסה עליו ברה"ר ושברה ברה"י כלים כיון שדרכה לילך ולדרוס עליו פטורין.

**ור' יצחק בר' שמואל לא פירש כן לקמן** גבי שור יוכיח שברשות.

**כלומר, הרא"ש מציג מחלוקת** האם טעם הפטור ברה"ר היא גזירת הכתוב בלבד, או שיש סברא בזה, שיש לפטור במקום שדרכה להלך שם.

**הרא"ש מביא נ"מ** בדבר בהמה שהלכה ברה"ר ודרכה על דף שהזיק ברשות הניזק: אם הפטור ברה"ר הוא מכוח גזירת הכתוב, יש לחייב שהרי הנזק נעשה ב'שדה אחר', אך אם החיוב הינו משום שדרכה להלך ברה"ר, ישלפטור אף במקרה זה שהרי היא הזיקה כשהלכה ברה"ר ודרכה בכך.

**הקושי בנ"מ זו היא שהגמרא לקמן** (עיין סעיף טו) מחייבת את הבהמה ההולכת ברה"ר ומתיזה לרה"י וכפי שיתבאר.

**השלטי גיבורים** הניח שאכן הרי"ף דחה גמרא זו מהלכה[222].

**הפלפולא חריפתא** (ב"ק א ס"ק ט) **יוצא נגד השלטי גיבורים בחריפות**, וכותב שלא יתכן שהרי"ף ידחה גמ' מפורשת מכוח סברא בלבד.

**עוד מוכיח הפלפולא חריפתא**(ב"ק פרק א סימן יח ס"ק צ) שלא יתכן לומר שהפטור ברה"ר הוא משום שדרכה להלך שם, שהרי מבואר בגמרא שהפטור הוא גם בחצר שאינה של מזיק ואינה של ניזק, ושם ודאי אין דרכה להלך שם.

**עוד הוכיח הפלפולא חריפתא**(ב"ק פרק ב סימן ט ס"ק א) **כנגד סברא זו מהגמרא בדף כג.** הפוטרת מתשלומי אכילת חררה על ידי כלב בגדיש, ומחייבת רק ברשות ניזק, על אף שאין דרכו של כלב ללכת בגדיש.

**על כן כתב הפלפולא חריפתא שמוכרחים לומר שאף הרי"ף מודה** שהפטור ברה"ר הינו מכוח גזירת הכתוב בלבד, והרי"ף רק רצה לבאר מדוע רה"ר לא תקרא כ'שדה אחר' שהרי אף לבהמת

---

[222] המהרש"ל [ישי"ש ב"ק א, ד] סבר שיש לחלק בין צרורות לדריכה של עץ ארוך, משום שהתזה בצרורות אינה כאורחיה שזהוי התזה בכוח, ועיין ב'שערי שאול' שביאר שאמנם 'צרורות חשובים עדיים כהיזק רגל, משום שאינם חשובים 'שלא כדרכה כל כך שיצאו מתולדת רגל, אך חשובים מספיק שלא כדרכה בשביל לחייב חובת שמירה, ולכן כל שגזירת הכתוב לא פטרתו יש לחייב, ולכן כשהתיזה לרשות ניזק יש לחייב מה שאין כן בהיזק רגל רגיל כגון דריכה על דף, שמסברא אין לחייב גם על חובת השמירה, ולכן אף שההיזק נעשה ברשות הניזק יש לפטור משום ש'אורחיה בכך'

**סימן שפט-** דין ממון האדם שהזיק, והחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל

הניזק יש רשות להלך שם, ולכן ביאר שהיות וגם לבהמת המזיק יש רשות ללכת- פטור, אך הרי"ף מודה שבמקום שאין דרך שניהם ללכת שם, הפטור הוא משום גזירת הכתוב בלבד.
[הדברות משה (סימן ח) הקשה על הבנה זו מהמבואר לקמן שבחצר של שותפים המיועדת לשניהם לשוורים ולניזק לפירות, יש לחייב בנזקי שן ורגל, ומשמע שאף שדרכה של בהמת המזיק לילך שם, אין זה פוטר מחיוב שן ורגיל]
**הדברות משה ביאר בדעת הרי"ף** שאף הוא מודה שהחיוב הוא רק בשדה הניזק, אלא שהרי"ף בא לבאר מדוע התורה לא חייבה על כל חיובי שן ורגל ואף שלא ברשות הניזק, וביאר שהתורה לא חייבה על היזק הנעשה כ'אורחיה', [ועיין שם שהציג 2 אפשרויות להבין זאת].

## האם יש לחייב על הזק הנעשה בחצר השותפים?

**הגמרא בדף יג:- יד. מביאה מחלוקת אמוראים**האם יש לפטור אף בחצר השותפים מהיזק שן [ורגל], היות וסוף כל סוף הוא לא הזיק בשדה הניזק וכלשון התורה 'שדה אחר'ר (ר' אלעזר וכפי שביאר רש"י ד"ה 'ורשות הניזק), או שמא יש לחייב אף בשדה השותפים (רב חסדא), וביאר רש"י (ד"ה 'חצר') שלדעתו לא מיעטה תורה אלא את רשות הרבים, אבל כל ששייכת השדה גם לאחר יש לחייבו.
**הגמרא לבסוף מסיקה לאור סתירות בין ברייתות שונות** שניתן להציע שאין כלל מחלוקת בין השיטות, ויש לחלק בין חצר המיוחדת לשני השותפים בין לשוורים ובין לפירות, שבזה יש לפטור מחיוב של 'שן ורגל', הואיל ולא בער בשדה 'אחר', שהרי היה למזיק רשות להניח שם שורו, לבין מציאות שהשדה מיוחדת לשניהם רק לצורך הנחת פירות, שיש לחייבו, הואיל ולעניין הנחת שוורים, שדה זו נחשבת כשדה אחר.
**וכתבה הגמ'** שאף אם נניח שכן נחלקו האמוראים, יתכן שנחלקו דווקא במציאות זו(שהשדה מיוחדת לשניהם רק לפירות), וסבר ר' אליעזר שהיות והיא מיוחדת לשניהם לעניין פירות, אין זה נחשב כ'שדה אחר' ויש לפוטרו, ולדעת רב חסדא, זה נחשב כ'שדה אחר', הואיל ולא היה לו רשות להניח שם שוורים.
**על פי זה פסק השו"ע** (יא-יב)שבחצר השותפים המיועדת גם לפירות וגם לשוורים, או שמיועדת רק לשוורים ולא לפירות, פטור על הזקי שן ורגל, וחייב על הזקי קרן (שאינו פטור מהיזק קרן אלא ברשות המזיק בלבד וכפי שיבואר לקמן). אך במידה וחצר השותפין מיועדת רק לפירות ולא לשוורים והכניס אחד מהשותפים שור שהזיק את פירות שותפו, חייב השותף אף על היזק רגל, משום שלעניין זה נחשבת החצר כ'שדה אחר'.

## האם יש לחייב על היזקי שן ורגל בשדה שאינה של מזיק ואינה של ניזק?

**מתוך ה'שקלא וטריא של הגמרא עולה בפשטות** שבמידה והחצר אינה של שניהם, פטור על הזקי שן ורגל כדין רה"ר, וזאת משום שאין זה נחשב כ'שדה אחר', כלומר שדה הניזק, **וכן פסק השו"ע.**
[אמנם הרא"ש (ב"ק א, יז) ציין שבירושלמי מופיע שדין זה נתון במחלוקת תנאים].

לשון השו"ע:

**<u>סעיף יא:</u>**
**הזיקה ברשות הרבים או בחצר שאינה של שניהם, לא למזיק ולא לניזק.**
**או בחצר שהיא של שניהם והרי היא מיוחדת להניח בה פירות ולהכניס לה בהמה, כגון הבקעה וכיוצא בה.**
**או שהיא של שניהם להכניס בה בהמה ואין שום אחד מהם רשאי להכניס בה פירות:**
**אם בשן ורגל הזיקה כדרכה, הרי זה פטור, מפני שיש לה רשות להלך בכאן, ודרך הבהמה להלך ולאכול כדרכה ולשבר בדרך הלוכה.**
**ואם נגחה או נגפה או רבצה או בעטה או נשכה: אם תמה היא משלם חצי נזק; ואם מועדת, נזק שלם.**

**<u>סעיף יב:</u>**
**היה החצר של שניהם מיוחדת לפירות ולא להכניס בה בהמה, והכניס שם אחד מהשותפים בהמה, והזיקה, חייב אפילו על השן ועל הרגל.**

## סעיף יג

**הייתה החצר מיועדת לשוורים לשניהם ולפירות רק לאחד מהם**
**הגמרא בהמשך**(ב"ק יד.-:) **עוסקת בברייתא 4 'כללות' בשם ר' שמעון בן אלעזר:** הכלל הראשון,- 'כל שהוא רשות לניזק ולא למזיק- חייב בכל',

**סימן שפט**- דין ממון האדם שהזיק, וחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל

**הגמרא מדייקת** שחייב בכל התשלום וזאת גם במידה שהזיק היזק קרן, שעליו בדרך כלל משלם רק חצי נזק.
**הגמרא הציעה אפשרות** שדין זה הוא כשיטת ר' טרפון הסובר שעל היזק קרן החצר הניזק יש לשלם נזק שלם.
**אמנם הגמרא הוכיחה שמהכלל הרביעי עולה שלא כר' טרפון**: שם נאמר שבמידה והחצר אינה שייכת 'לא לזה ולא לזה'- חייב לשלם, והכריחה הגמ' שאין הכונה שאינה שייכת לשניהם שהרי בזה אין לחייב על היזק שן שהרי אין זה 'שדה אחר'(כפי שהבאנו לעיל בסעיפים הקודמים), אלא על כרחך שהכוונה שאינה שייכת לשניהם אלא רק לאחד מהם שהוא הניזק, ומפרטת הברייתא שתם משלם חצי נזק, ומשמע שאף ברשות הניזק משלם על קרן חצי נזק ושלא כר' טרפון.
**שמואל הציע** שתחילת דברי הברייתא וסופה אינה כאותה דיעה.
**אמנם רבינא אמר בשמו של רבא** שניתן להעמיד את כל דברי הברייתא כר' טרפון, ולבאר שהכלל הרביעי עוסק במקרה שהחצר מיועדת רק לאחד מהם לעניין פירות ולשניהם לעניין שוורים, ולכן לעניין היזק רגל זה נחשב כשדה הניזק ומחוייב לשלם, ולעניין היזק קרן זה נחשב כרשות הרבים ומשלם חצי נזק.
**להלכה נפסק שלא כר' טרפון**, ועל נזקי קרן לעולם יש לשלם רק חצי נזק וזאת אף בחצר הניזק.
**אך מכול מקום פסקו הרמב"ם והשו"ע**(יג) לאור גמרא זו שבמידה והייתה החצר מיועדת לשוורים לשניהם, ולפירות רק לאחד מהם, והזיק את פירות של מי שמיועדת שדהו לפירות חייב.
לשון השו"ע:

**<u>סעיף יג:</u>**
**וכן אם היתה מיוחדת לבהמה לשניהם, והיה רשות לאחד מהם בלבד להכניס לה פירות, והזיקה פירותיו, חייב אף על השן ועל הרגל.**

## סעיף יד

### חצר המיועדת לאחד לשוורים ולאחד לפירות

**פסק הטור ובעקבותו השו"ע** שאם השדה הייתה מיועדת לאחד רק לשוורים ולאחד רק לפירות, והזיקה הבהמה של זו שמיועדת לו השדה רק לשוורים, לאותו שמיוחדת לפירות, בשן ורגל (ביאר הסמ"ע (יג) שהכוונה שהזיק פירות) חייב שהרי שדהו של הניזק מיועדת להנחת פירות.
אך אם הזיקו בקרן (וביאר הסמ"ע (יג) שהזיק את שורו) פטור, ונימק הטור שזאת משום שלעניין היזק קרן נחשבת החצר כחצר המזיק.
**עוד פסק הטור ובעקבותו השו"ע** שאם הזיקה בהמתו של אותו שמיוחדת לו לפירות לאותו שמיוחדת לו לשוורים בהיזק קרן חייב, שהרי החצר מיועדת לשוורים. (הטור והשו"ע כתבו שזה נחשב כחצר הניזק, וביאר הגר"א [לב] שזה לאו דווקא, ודי בכך שאינה נחשבת כחצר המזיק שהרי מחוייב בקרן אף ברשות הרבים.)
אך אם הזיקו בשן ורגל [סמ"ע- כלומר הזיק פירותיו] פטור משום שלא היה רשות לבעל הפירות להניח שם פירותיו, ועל כן זה נחשב שלא ב'שדה אחר'.
לשון השו"ע:

**אם הוא של אחד מהם לפירות ולא לשוורים, ולשני לשוורים ולא לפירות, והזיקה בהמתו של אותו שמיוחדת לו לשוורים ולא לפירות לאותו שמיוחדת לו לפירות:**
**בשן ורגל, חייב, דלגבייהו הוה ליה חצר הניזק.**
**בקרן פטור, דלגבי דידיה הוה ליה חצר המזיק.**
**ואם הזיקה בהמתו של אותו שמיוחדת לו לפירות לאותו שמיוחדת לו לשוורים:**
**בקרן, חייב, דלגבי דידיה הוה ליה חצר הניזק.**
**בשן ורגל פטור, דלגבייהו הוי חצר המזיק.**

## סעיף טו

### הלכה ברה"ר והתיזה לרה"י או שהלכה על עץ ארוך מקצתו ברה"י ומקצתו ברה"ר

**הגמרא בב"ק בדף יט:** דנה בהיזק 'צרורות', כלומר שהבהמה התיזה אבנים על ידי הילוכה, והאבנים הזיקו, במקרה זה בעל הבהמה חייב חצי נזק, ושאל ר' ירמיה את ר' זירא מה הדין במקרה שהתיזה הבהמה ברה"ר והזיקה, אם יש לפוטרו ברה"ר כדין היזק רגל או לחייב אף ברה"ר כדין היזק 'קרן', ולמסקנה עולה שם כי יש לפוטרו כדין היזק רגל, אך במידה והתיזה ברה"ר והנתזים הזיקו ברה"י- יש לחייב משום שההיזק נעשה בשדה הניזק.

**סימן שפט-** דין ממון האדם שהזיק, והחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל

**לעיל בסעיפים יא- יב הבאנו שהרא"ש**(ב"ק א, א) **למד מדברי הרי"ף** שאין לחייב במקרה שהבהמה דרכה על דף ארוך ברה"ר וע"י כך הזיקה ברה"י, וזאת משום שהפטור מהיזק רגל ושן ברה"ר הוא משום שדרכה להלך שם ופטור זה שייך אף במקרה זה.
**אך כתב הרא"ש שר"י מחייב אף במקרה זה,** משום שהפטור ברה"ר הוא מכוח גזירת הכתוב בלבד, ובמקרה כאן סוף כל סוף ההיזק לא נעשה ברה"ר אלא ברשות הניזק.
**והבאנו שם שלכאורה דברי הרי"ף**(ע"פ הבנת הרא"ש)**נסתרים מגמרתינו** המחייבת על נזק צרורות, כאשר התיזה ברה"ר והזיקה ברה"י.
**והבאנו שהשלטי גיבורים סבר** שאכן הגמרא בדף יט. נדחתה מהלכה (ושהפלפולא חריפתא דחה את הנ"מ של הרא"ש)
**אמנם המהרש"ל**(ים של שלמה ב"ק א, ד)**סבר** שיש לחלק בין צרורות לדריכה על עץ ארוך, משום שהתזה בצרורות אינה כאורחיה שזוהי התזה בכוח (ועיין הערה222 שם הבאנו את ביאור הרב ישראלי לדבריו)
**השו"ע סתם כדברי הרא"ש בשם ר"י** שיש לחייב הן במקרה שדרכה הבהמה על כלי ברה"ר והתיזה לרה"י ובין במקרה שדרכה על עץ ארוך המונח ברה"ר ומקצתו ברה"י ועל ידי כך הזיקה.
**אמנם הב"ח כתב שהעיקר להלכה כדעת הרי"ף** וכהסברו של המהרש"ל שיש חילוק בין התזה לצרורות, והעיר הב"ח שהרא"ש כתב בשם ר"י ותוספות [ב"ק ו. ד"ה יתאמר בהני) לא כתבו כן אלא לעניין התזה. (אך יש להעיר שדין זה מובא בתוס' שאנץ)
[הרא"ש הקשה כאן מדוע אנו מחייבים במקרה זה לפי מקום ההיזק בסוף, ולא כפי שנפסק בעניים הזורק כלי מראש הגג ושברו אחר, שאנו הולכים 'בתר מעיקרא' ותירץ שכאן גזירת הכתוב גילתה שיש ללכת אחר מקום ההיזק בפועל, ועיין לעיל בסיכומינו לסימן שפו סעיף ג שהבאנו שהקצות בסימן קצ (א) דייק מכאן שסבר הרא"ש שאין לחלק בין זריקת כלי מראש הגג, ליריית חץ על כלי].
לשון השו"ע:

**שן ורגל, אין חייבין אא"כ הזיקו ברשות הניזק; אבל בר"ה פטורים. וא"צ לומר ברשות המזיק. ומיהו אם התיז אבנים בר"ה והלכו והזיקו ברשות הניזק, או עץ ארוך, מקצתו ברשות הרבים ומקצתו ברשות הניזק, ודרסה עליו בר"ה ושיברה כלים ברשות הניזק, חייב:**

## סעיף טז

### היזק שן ורגל בחצר שאינה של מזיק ואינה של ניזק

**בסעיפים הקודמים**(יא- יג)**הבאנו** שמתוך ה'שקלא וטריא' של הגמרא בב"ק יד: עולה שפשוט שאין לחייב על נזקי שן שנעשה בחצר שאינה של המזיק ואינה של המזיק, שהרי אין זה 'שדה אחר'.
**כמו כן הבאנו** (סעיפים יא-יב) שהרא"ש העיר שבירושלמי דין זה נתון במחלוקת תנאים.
**דין זה עולה** במפורש גם מדברי הברייתא בשם ר' יהודה בר סימון שם מבואר שהפטור בחצר שאינה של שניהם, הוא דווקא במידה והניזק (בעל הפירות) הכניס פירותיו לחצר שאינה שלו שלא ברשות, אך במידה ובעל הפירות הכניס פירותיו ברשות, ושורו של אחר נכנס לחצר והזיק בשן ורגל- חייב בעל השור. (זאת ע"פ העמדת הגמ' שם שהפטור והחיוב מוסב על בעל השור, ולא על בעל החצר, ע"ש).
הטור והשו"ע הביאו את הדין הראשון, שאם הכניס אדם פירותיו שלא ברשות לחצר שאינה שלו, ונכנס שור אחר והזיק פטור.
**והרמ"א הוסיף** שאם הכניס ברשות- חייב בעל השור, וזאת על פי דברי הגמרא שהבאנו (כמבואר בד"מ ס"ק ב).

לשון השו"ע:

**ראובן שהכניס פירותיו לחצר שמעון שלא ברשותו, ונכנס שורו של לוי שם ואכלתם, פטור.**

הגה: אבל אם הכניס ראובן פירותיו ברשות, ונכנס שורו של לוי שלא ברשות, חייב, דהוי כחצר של שותפין ונכנס שם שור של אחרים להזיק, דחייב (הגהות מיימוני שם):

## סעיף יז

### חצר המיועדת לשניהם לשוורים ורק לאחד מהם לשאר דברים והזיקו הטלית והשור זה את זה

נאמר במשנה בב"ק (דף יד:)

שום כסף. שוה כסף. בפני ב"ד. ועל פי עדים בני חורין בני ברית. והנשים בכלל הנזק. והניזק והמזיק בתשלומין. "

**סימן שפט**- דין ממון האדם שהזיק, וחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל

**בגמרא ביאר רב יהודה את המושג**- 'שום הכסף': שלעולם החובה לשלם על הנזק תהיה בכסף, ומבואר בגמרא שהכוונה שבמידה ופרה הזיקה טלית (כגון שדרסה אותה), וטלית הזיקה פרה(כלומר שהפרה נתקלה בה וניזוקה), בעלי הפרה והטלית מחוייבים לשום כמה הזיקו את חבריהם ולשלם כפי שהזיקו, ואיננו אומרים 'תצא פרה בטלית וטלית בפרה'.

**הראשונים נתקשו בהבנת המציאות בה עסקה הגמ'**- באיזה מקום יש לחייב על נזקי הבור של הטלית, וגם על נזקי הרגל של הפרה, והרי אין מחייבים על נזקי בור ברשותו של בעל הבור, ואין מחייבים על נזקי רגל ושן, אלא ברשותו של בעל הנזק, שבמקרה שלנו הוא בעל הטלית-.

**רש"י ביאר** שאכן מדובר ב2 מקרים שונים, השור הזיק את הטלית ברשותו של בעל הטלית, והטלית הזיקה את השור ברה"ר.

**הרא"ש** (ב"ק א, יח) **כתב** כדברי רש"י אך הביא מציאות נוספת בה ניתן להסביר שמדובר באותה מקרה, ובחצר השותפים המיועדת לשניהם לשוורים, ורק לאחד מהם לשאר הדברים, ולכן לעניין היזק בור, מחוייב בעל הטלית, משום שאינו יכול לטעון שלא היה לבעל השור לשים את שורו בחצר זאת, ולענין היזק רגל מחוייב בעל השור, משום שהחצר הייתה מיוחדת לטלית רק לבעל הטלית ולכן היא נחשבת כחצירו של ניזק לעניין זה וכפי שהתבאר לעיל בסעיף יג שבמידה והשדה מיועדת לשניהם לשוורים, ורק לאחד מהם לפירות, החצר נחשבת כשדה הניזק לעניין הפירות.

**השו"ע פסק כדברי הרא"ש.**

**הסמ"ע (יח) ביאר**שהחידוש הוא שאיננו אומרים שהיות ושניהם היו רשאים להכניס את ממונם לשם (בעל השור את השור ובעל הטלית את הטלית) היה לכל אחד לשמור את שלו שלא יהא ניזק ואין האחד צריך לשלם על היזק חבירו, והחידוש הוא שמכול מקום כל אחד חייב לשלם כפי שהזיק.

לשון השו"ע:

**חצר שהוא של שניהם לשורים, ולאחד מהם לשאר דברים, והכניס בה טליתו, וחבירו שמיוחדת לו לשוורים הכניס בה שורו, והזיק השור לטלית וגם הטלית לשור, אין אומרים יצאו זה בזה, אלא שמין הנזקין בב"ד וכל מי שהזיק יותר, ישלם.**

## סעיפים יח- יט

### ג' אבות נזיקין בשור

לשון השו"ע:

**<u>סעיף יח:</u>**

**ג' אבות נזיקין בשור: הקרן והשן והרגל. ונקראו אבות מפני שהם כתובים בפסוק, ולהם תולדות, שכל דבר הדומה לו מכל אלו נקרא תולדות ודינו כמוהו, חוץ מנזק צרורות כמו שיתבאר.**

**<u>סעיף יט:</u>**

**כיצד? שור האמור בתורה הוא שנגח בקרן, ואין דרכו בכך אלא דרך מקרה, ואין לו הנאה בהזיקו; וכל הדומה לו דינו כמותו, כגון שנגפה בגופה או נשכה או בעטה או רבצה על כלים ושברתם; וכן אם אכלה כסות או כלים, דינה כקרן ואינו משלם אלא חצי נזק, בין ברשות הניזק בין בר"ה. ועוד יש דברים שהזיקה ברגלה או בפיה ודינם כקרן, ויתבארו בסימן ש"צ.**

מבואר בב"ק ב: ודין צרורות יבואר לקמן בסימן הבא.

## סעיף כ

### ב' פרות ברשות הרבים- אחת מהלכת ואחת רובצת

לשון הגמ' בב"ק כד:

**אמר רבא**, אם תמצי לומר: המשסה כלבו של חבירו בחבירו - חייב, שיסהו הוא בעצמו - פטור, מאי טעמא? כל המשנה ובא אחר ושינה בו - פטור.

**א"ל רב פפא לרבא: איתמר משמיה דריש לקיש כוותיך, דאמר ריש לקיש**: שתי פרות ברשות הרבים, אחת רבוצה ואחת מהלכת, ובעטה מהלכת ברבוצה - פטורה, רבוצה במהלכת – חייבת. א"ל: אנא בההיא חיובי מחייבנא, דאמרינן ליה: כי אית לך רשותא לסגויי עלי, לבעוטי בי לית לך רשותא.

**מבואר בגמרא בשם רבא** כי ישנו כלל: 'כל המשנה ובא אחר ושינהו בו פטור.

**סימן שפט-** דין ממון האדם שהזיק, והחילוק שבין תם למועד ובאיזה מקום חייב קרן ושן ורגל

**רב פפא הביא שאף ר"ל סובר כרבא**, ולכן פטר את הבהמה המהלכת ברשות הרבים במידה ובעטה בבהמה הרובצת ברשות הרבים, משום שהדרך הוא להלך ברשות הרבים ולא לרבוץ.
**אמנם רבא השיב לרב פפא** שבמקרה זה יש לחייב, משום שכל ההיתר בזה הוא דווקא אם הבהמה הייתה מהלכת ברה"ר ואגב כך דורכת על הרובצת, אך עדיין 'אין לה רשות' לבעוט גם ברשות הרבים.
**השו"ע פסק כדברי רבא.**
לשון השו"ע:

**פרה שרבצה ברה"ר: והלכה פרה אחרת דרך עליה ובעטה בה, אע"פ שזאת שינתה ורבצה, אין למהלכת לבעוט בה. אבל אם הזיקה דרך הילוכה, פטורה:**

# סימן שצ
## דין נזקי רגל ותולדותיו ודיני צרורות וכלב ותרנגול שקפצו
## סעיף א

### הגדרת אב המזיק- 'רגל

לשון השו"ע:

**רגל הוא אב ש"ושלח את בעירה"**(שמות כב, ד)**הכתוב בתורה, הוא שהבהמה הולכת ברגליה ומזקת בדרך הילוכה, והוא דבר שדרכה בכך ואין לה בו הנאה. וכל הדומה לדברים אלו הוא תולדותיו ודינו כמותו.**

**כיצד? כגון שהזיקה בגופה דרך הילוכה, או בשערה, או בשליף** (פי' הברטנורא בראשון מקמא שליף משאוי באמתחות ומרצופין) **שעליה, או בפרומביא** (פירוש רסן) **שבפיה, או בזוג שבצוארה, או במשוי שעליה; ותרנגולים שהיו פורחים ממקום למקום ושברו כלים בכנפיהם, או שהיו מהדסין** (פי' מהדסין ענין דריסה ורקידה) **על גבי עיסה או פירות וטנפום או נקרו בהם, וכן כל דבר המחובר בגופה, כגון עגלה המושכת בקרון והוליכתה על גבי הכלים ושברתם, כל אלו תולדות הרגל ודינם כמוהו.**

כן מבואר בגמרא בב"ק ב:- ג.

## סעיף ב

### בהמה שהזיקה על ידי כשכוש זנב רב

לשון הגמרא בב"ק יט:

יתיב רבי יהודה נשיאה ורבי אושעיא אקילעא דרבי יהודה, נפק מילתא מביניהו:

כשכשה בזנבה, מהו?

א"ל אידך: וכי יאחזנה בזנבה וילך?

אי הכי, קרן נמי נימא: וכי יאחזנה בקרן וילך?

הכי השתא, קרן לאו אורחיה, הא אורחיה.

וכי מאחר דאורחיה, מאי מבעיא ליה? כשכוש יתירא מבעיא ליה.

**הגמרא מתארת דיון** בין האמוראים בדבר השאלה אם יש לחייב על כשכוש הזנב ברשות הרבים.

**והשיב אחד האמוראים** שפשוט שיש לפטור שהרי לא נדרש מהאדם שיאחז את בהמתו בזנבה כל זמן הילוכה ברה"ר.

**הקשה על כך חבירו:** א"כ מדוע אנו מחייבים על היזק קרן ברה"ר, והרי אף בזה יש לומר שלא נדרש מהאדם להחזיק את בהמתו בקרניו.

**השיב לו חבירו** שישנו חילוק בין היזק קרן שאין דרכו בכך ולכן יש לחייב, לבין היזק רגל שדרכו בכך.

**הגמרא בהמשך מתקשה בעצם הדיון:** אם כשכוש בזנב נחשב כדרכו, מה היה לו להסתפק והרי זהו היזק 'רגל' רגיל שפטור עליו ברה"ר?.

**וביארה הגמ'** שהספק היה לגבי כשכוש מרובה שהוא כבר אינו כשכוש רגיל.

**נחלקו הראשונים** האם ביאור זה של ספקו של אותו אמורא תקף גם לגבי פשיטת הספק:

**הרא"ש** (ב"ק ב, ג) **סבר** שחבירו פשט לו שיש לפטור ברשות הרבים אף היזק שנעשה בכשכוש מרובה, משום שאין להחשיבו כהיזק משונה, אלא כהיזק שדרכו בכך.

**אמנם הרמב"ם**(נזקי ממון א , יא) **סבר** שכל פשיטתו של אותו אמורא היה על כשכוש רגיל, ובאמת לא פשט כלל מה יהיה הדין במקרה של כשכוש מרובה,ודין זה נותר בספק (ע"פ ביאור המ"מ ואבן האזל).

**לאור זאת פסק הרמב"ם** שאין לחייב על כשכוש מרובה ברה"ר מכוח הספק, אך אם יתפוס הניזק חצי נזק אין להוציא מידו, וזאת לשיטת הרמב"ם שמועילה תפיסה אף במקום שהספק הוא בדין.

**השו"ע פסק כרמב"ם.**

**והרמ"א כתב** שיש סוברים שלא מועילה תפיסה כשהספק הוא בדין.

**עוד כתב הרמ"א** שלדעת הרא"ש יש סיבה נוספת שלא תועיל תפיסה, וזאת משום שלשיטתו המזיק פטור מן הדין ולא מוכח הספק.

**הסמ"ע (ז) ביאר** שהדיעה החולקת על הרמב"ם וסוברת שלא מועילה תפיסה, תודה שבמידה והזיק ברשות הניזק, יכול לתבוע את הנזק רק במידה שתפס, הואיל ועל הצד שזהו היזק 'קרן' הוא יכול לתבוע את הזקו רק מתוך השור.

## שור של אדם שהזיק בכשכוש מרובה גם ברה"ר וגם ברה"י

**כתב הטור:**
ואפי' אם הזיק לאדם אחד ברשות הרבים וברשות הניזק דינא הכי ואינו יכול לומר אם תאמר שהוא קרן תתחייב בר"ה וא"ת רגל תן לי נזק שלם ברשות הניזק אלא הולכין בשניהם להקל.
**וכתב הסמ"ע (ז):**
ואף על גב דכתב הטור והמחבר בסימן ר' [בטור סעיף ח'] בספיקא דדינא אי כליו של לוקח ברשות מוכר או איפכא קונים, וקנה אחד מחבירו בשניהן, דקנה באחד מהן ממ"נ.
שאני הכא דהוא ענין דקנסא, דהא גופו לא הזיק אלא שורו שהוא ממונו, משו"ה הולכין בשניהן להקל.

לשון השו"ע:
**כשכשה בזנבה כשכוש רב שאין דרכה לעשות תמיד, והזיקה ברשות הרבים; או שכשכשה בגיד שלה ברשות הרבים והזיקה, פטור.**
**ואם תפס הניזק, גובה חצי נזק ממה שתפס, שזה הדבר ספק הוא אם אלו תולדות הקרן שחייב עליה ברשות הרבים או תולדות הרגל שפטור עליה ברשות הרבים.**
הגה: ויש אומרים דבכל ספקא דינא לא מהני תפיסה, ולכן אפילו אם תפס מפקינן מיניה (טור ס"א בשם ר"י) (וע"ל סי' שכ"א).
ולדעת הרא"ש דכשכשה בזנבה לא הוי ספק, וודאי פטור (טור שם הביאו).

## סעיף ג

**צרורות**
לשון המשנה בב"ק יז.
כיצד הרגל מועדת? לשבר בדרך הלוכה. הבהמה מועדת להלך כדרכה ולשבר.
היתה מבעטת, או שהיו צרורות מנתזין מתחת רגליה, ושברה את הכלים.
משלם חצי נזק. דרסה על הכלי ושברתו, ונפל על כלי ושברו - על הראשון משלם נזק שלם, ועל האחרון משלם חצי נזק.
ובגמרא בדף יז:
**תנו רבנן:** בהמה מועדת להלך כדרכה ולשבר, כיצד?... סומכוס אומר: צרורות, וחזיר שהיה נובר באשפה והזיק - משלם נזק שלם...
צרורות מאן דכר שמיהו? חסורי מחסרא והכי קתני:
צרורות כי אורחייהו - חצי נזק, וחזיר שהיה נובר באשפה והתיז והזיק - משלם חצי נזק;
סומכוס אומר: צרורות, וחזיר שהיה נובר באשפה והתיז והזיק - משלם נזק שלם...
**אמר רבא:** בשלמא סומכוס, קסבר: כחו כגופו דמי, אלא רבנן, אי כגופו דמי, כוליה נזק בעי לשלם! ואי לאו כגופו דמי, חצי נזק נמי לא לשלם!
**הדר אמר רבא:** לעולם כגופו דמי, וחצי נזק צרורות - הלכתא גמירי לה...
**מבואר בגמרא שנחלקו ת"ק וחכמים** כיצד לחייב על בהמה שהתיזה צרורות ברגליה ועל ידי כך הזיקה דבר אחר:
**סומכוס סבר** שיש לחייב על התזה נזק שלם כדין כל היזק 'רגל'.
**חכמים סברו** שאינו חייב אלא חצי נזק.
**וביאר רבא** שאף חכמים מודים שההתזה נחשב כתוצאה של גוף הבהמה- 'כוחו כגופו', ומכול מקום הלכה למשה מסיני שאין חייבים על הזק צרורות אלא חצי מהנזק.
**על פי זה פסק השו"ע** שעל נזק 'צרורות' יש לשלם חצי נזק בלבד.

## האם יש לחייב על 'צרורות' ברה"ר?

**הגמרא בהמשך**(יט.)**מביאה ששאל ר' ירמיה את ר' זירא** מה הדין בבהמה שהתיזה ברה"ר: ושורש הספק הוא האם היזק צרורות נחשב כקרן ועל כן יש לחייב אף ברה"ר, או שהוא נחשב כ'רגל' ופטור ברשות הרבים.
**והשיב לו ר' ירמיה** שהיזק צרורות נחשב כהיזק 'רגל', ופטור ברה"ר (ומכול מקום יש לחייב במידה והתיזה ברה"ר והזיקה ברה"י כמבואר לעיל בסימן שפט סעיף טו).**וכן פסק השו"ע.**

## בהמה שהזיקהב'צרורות', משתלם מן העליה או מגופה של בהמה?

**בדף ב: מביאה הגמרא את דברי רב פפא** שקובע שבתולדות נזיקין: 'יש מהן כיוצא בהן, ויש מהן שאינן כיוצא בהן'.
**ולאחר משא ומתן ארוך מסיקה הגמרא**(ג:) שהדוגמא ל'יש מהם שאינן כיוצא בהן' הוא האב 'רגל' והתולדה 'צרורות', שמשלם חצי נזק ובזה אינו כיוצא בהן, ואעפ"כ 'צרורות' נחשבים כתולדה של האב 'רגל' לעניין זה שמשלמים על היזק זה מן העליה ולא מגוף הבהמה, ומבארת הגמרא שאע"פ שרבא הסתפק בעניין זה, לרב פפא היה פשוט שעל היזק צרורות יש לשלם מן העליה.
**השו"ע פסק כרב פפא.** (ב"י- היות ולרב פפא היה פשוט בעוד רבא הסתפק, וכן הלכה כ'בתרא')

לשון השו"ע:
**כל תולדה כאב שלה, חוץ מצרורות המנתזין מתחת רגלי הבהמה בשעת הילוכה, שאף על פי שתולדות רגל הם ופטור עליהם בר"ה כרגל, אם הזיקו ברשות הניזק משלם מהיפה שבנכסיו כרגל שהוא אב, אף על פי כן אינו משלם אלא חצי נזק.**
**כיצד?**
**בהמה שנכנסה לחצר הניזק והיו צרורות מנתזין מתחת רגליה ושברו את הכלים, משלם חצי נזק מהיפה שבנכסיו; ודבר זה הלכה למשה מסיני.**

## סעיף ד

## התיזה צרורות ברה"ר ששברו כלים ברשות הניזק (ועוד סוגי צרורות)

לשון השו"ע:
**וכן אם היתה מהלכת בר"ה ונתזו צרורות מתחת רגליה לרשות הניזק ושברו את הכלים, משלם חצי נזק.**
**והוא הדין לתרנגולים שהדסו והעלו עפר או צרורות ושברו, וכן חזיר שהיה נובר באשפה והתיז צרורות והזיק, משלם חצי נזק.**
דין צרורות שהתיזו לרה"י התבאר לעיל בסימן שפט סעיף טו בעמוד 305.
ודיני התרנגולים והחזירים מבוארים בגמ' בב"ק יז:

## סעיף ה

## הזיקה הבהמה על ידי כוח כוח ומה הדין בכלי שנתגלגל ונשבר במקום אחר ועוד

## דרסה על הכלי ושברתו, ונפל על כלי ושברו

**נאמר במשנה** (ב"ק יז.)**:** 'דרסה על הכלי ושברתו, ונפל על כלי ושברו - על הראשון משלם נזק שלם, ועל האחרון משלם חצי נזק'. **וכן פסק השו"ע**.
**ודין זה פשוט** שהיזק הכלי הראשון נעשה ב'רגל' ממש, והיזק השני נעשה ע"י 'צרורות', ולכן חייב רק חצי נזק.

## בהמה שהזיקה על יד כוח כוחה

לשון הגמרא בב"ק יט.
**בעי רב אשי:** כח כחו, לסומכוס, ככחו דמי או לא?
מי גמיר הלכה ומוקי לה בכח כחו, או דלמא לא גמיר הלכה כלל?
**תיקו.**
**הגמרא מסתפקת בדעת סומכוס** הסובר שיש לחייב על נזקי 'צרורות' כדמי כל הנזק, אם מודה שבמדה והזיקה ב'כוח כוחו' יש לחייב רק חצי נזק ע"פ ה'הלכה למשה מסיני' שבצרורות משלם חצי נזק, או שסומכוס לא קיבל כלל את ההלכה ל'משה מסיני' הנ"ל.
**הרא"ש**(ב"ק ב, ב)**ציין לכך**שהרי"ף השמיט ספק זה, ולכאורה עשה כן משום שהספק הינו בדעת סומכוס.
**אך כתב הרא"ש שלכאורה יש מספק זה נ"מ גדולה להלכה,** שעולה מכאן שבעיקרון פשוט שכוח כוחו נחשב ככוחו, אלא שהיה צד לומר שסומכוס יחייב רק חצי נזק מכוח 'הלכה למשה מסיני'.ומכאן יוצא שלדעת חכמים כוח כוחו נחשב ככוחו, ויש לחייב אף על כוח כוחו חצי נזק כדין צרורות.
**אמנם ציין הרא"ש שמדברי תוספותבב"ק כב.** (ד"ה 'ור' יוחנן) נראה שהוא הבין שספק זה של הגמרא נכון אף בדעת חכמים (שם עולה מתוס' שלדעת ר' יוחנן הסובר שהחיוב באשו הוא משום חיציו ניתן לחייב על אש שנוצרה מכוח שהכלב נטל חררה, רק במידה והניח את החררה על הגדיש אבל ב'אדייה אדויי' לא, למ"ד כוח כוחו אינו ככוחו).

**וציין הגר"א (יג) שאף מדעת הרמב"ם עולה** שסבר שאין לחייב על נזק הנעשה בכוחו כוחו, וכן עולה מהשו"ע בסימן שצב סעיף א שהעתיק דבריו בדבר כלב ש'היה מגרר את החלה על הגדיש והולך ושורף, משלם על החררה נזק שלם, ועל מקום הגחלת חצי נזק, **ועל שאר הגדיש פטור'**, והבין הגר"א שפטור על שאר הגדיש משום שזה היזק ב'כוח כוחו' בלבד.
**הטור סתם כדעת הרא"ש** שיש לחייב חצי נזק אף בצרורות.
**השו"ע הביא את דברי הרא"ש** בלשון 'יש מי שאומר'.
**הגר"א (יג) כתב** שהעיקר כדעת הרא"ש, אך ציין שמלשון השו"ע בסימן שצב משמע שאין לחייב על כוח כוחו (כמובא לעיל).

## מה הדין בכלי שנתגלגל ונשבר במקום אחר?

לשון הגמרא בב"ק יז:

**בעי רבא:** דרסה על כלי ולא שברתו, ונתגלגל למקום אחר ונשבר, מהו? בתר מעיקרא אזלינא וגופיה הוא, או דלמא בתר תבר מנא אזלינא וצרורות נינהו?

**תפשוט ליה מדרבה, דאמר רבה:** זרק כלי מראש הגג, ובא אחר ושברו במקל - פטור, דאמרינן ליה: מנא תבירא תבר!

לרבה פשיטא ליה, לרבא מבעיא ליה.

**הגמרא מביאה את ספיקו של רבה** במקרה שבהמה דרסה כלי וגלגלתו למקום אחר ונשבר שם, האם יש לחייב את בעל הבהמה בנזק שלם כדין היזק רגל שהרי מהרגע שהבהמה בעטה בכלי כבר יש להחשיבו כשבור ('בתר מעיקרא אזלינן'), או שיש לחייב חצי נזק כדין בהמה המתיזה צרורות ומזיקה דבר אחר, וזאת משום שאף במקרה זה הוזקה הכד רק לאחר שהתיזה הבהמה, והוזקה מכוחו בלבד ('בתר תבר מנא').
**הגמרא מתקשה** מדוע הסתפק בזה רבא והרי רבה כבר פשט ספק זה בנוגע לדין אחר, ופסק שאם זרק אדם כלי מראש הגג, ובא אחר ושברו באוויר על ידי מקל, האחר פטור משום שהוא שבר כלי שבור.
**ההבנה הפשוטה בדברי רבה היא** שהוא הכריע שיש ללכת 'בתר מעיקרא', ולכן הראשון הוא זה שחייב, משום שמהזריקה אנו מגדירים את הכלי כשבור, וממילא האחר לא הזיק כלום משום שהכלי כבר נחשב כשבור.
**אמנם הרמב"ן**(מלחמות)**ביאר בדעת הרי"ף** שהבין להיפך שרבה הכריע שיש ללכת 'בתר תבר מנא', ולכן פשוט שהזורק אינו חייב, אלא שחידש רבא שאין לחייב גם את השובר לבסוף משום שסוף כל סוף הוא שבר כלי שאין לו שוויות שהרי הוא עתיד להשבר, ולכן יש לפטור הן את הזורק והן את שובר.
**הגמרא מסיקה** שאמנם לרבה היה פשוט ספק זה, אך רבא עדיין הסתפק בזה.
**הרי"ף** (יא:) הביא את דברי רבה בלבד, ומשמע שפסק כמותו.
**אמנם המאור כתב** שדין זה נותר בספק, הואיל ורבא שהוא 'בתראי' מסתפק בזה,ולכן יחלוקו וזאת על אף שבפסק רגיל איננו אומרים שיחלוקו, אך כאן יש לומר כן הואיל ורבה פוטר לחלוטין (יתכן שכוונתו לעניין הצרורות שבזה רבה מחייב, משום שהולכים בתר מעיקרא, אך במקרה דנן יש לפטור שהרי רבה פשוט שפטור, או שכוונתו שיחלוקו הזורק והניזק, הואיל ורבה מחייב אותו, וצ"ע).
**אף הריטב"א כתב בשם רבו** שדין זה נותר בספק, אך כתב על פי זה שאין להוציא מן המוחזק. (אף הר"ח כתב שדין זה נותר בספק)
**אמנם הרמב"ן** (מלחמות) **צידד ברי"ף** שיש להכריע כרבה, הואיל ואין ספקו של רבא מוציא מידי ודאי של רבה.
**הרמ"א פסק כאן כרבה** וכהבנה הפשוטה שיש ללכת 'בתר מעיקרא' ולכן זה נחשב כהיזק רגל ממש ולא כצרורות.
(בסעיף י נראה שהראב"ד הבין שהרמב"ם פסק שיש לללכת 'בתר תבר מנא', ואף בסעיף יא עולה דיון בזה בדעת הרמב"ם, עי"ש)
לשון השו"ע:

**דרסה על הכלי ברשות הניזק ושברתו, ונפל על כלי אחר ושברו, על הראשון משלם נזק שלם, ועל האחרון משלם חצי נזק.**
**ויש מי שאומר שהוא הדין לכח כחו.**

הגה: דרסה על הכלי ולא נשבר, ונתגלגל למקום אחר ונשבר שם, משלם נזק שלם (טור ס"ב).

## סעיפים ו- ז

### דין בהמה שהתיזה מכוח בעיטה ["אם יש שינוי לצרורות"]

לשון הגמרא בב"ק יט.

**בעי רב אשי:** יש שנוי לצרורות לרביע נזק, או אין שנוי לצרורות לרביע נזק?

**תפשוט ליה מדרבא:**

**דבעי רבא:** יש העדאה לצרורות, או אין העדאה לצרורות?

מכלל דאין שנוי!

דלמא רבא אם תמצי לומר קאמר, אם תמצי לומר אין שנוי, יש העדאה או אין העדאה?

תיקו.

**רב אשי הסתפק** האם במקרה שהזיקה בהמה בהתזה בצורה שאינה כדרכה [כגון שבעטה וע"י כך נותזו צרורות שהזיקו] יתחייב בעל הבהמה לשלם רק רבע נזק(כלומר חצי מהנזק הרגיל של 'צרורות' שהוא חצי), **או** שאף במקרה זה חייב לשלם חצי נזק.

**הגמרא רצתה לפשוט ספק זה** מכך שרבא הסתפק האם ניתן להפוך בהמה להיות מועדת לצרורות, ומשמע מכאן שפשוט לו שאף על היזק משונה יש לשלם חצי נזק[223].

**הגמרא דחתה זאת וכתבה** שיתכן שרבא אמר את ספיקו כשלב על גבי ספיקו של רב אשי, כלומר שאף אם נניח שעל היזק צרורות משונה משלמים חצי נזק ולא רבע, נותר לשאול, האם ניתן להעשות מיועד על כך לאחר ג' פעמים ולשלם נזק שלם.

**הרא"ש** (ב"ק פרק ב סימן ב) **ציין לכך שהרי"ף** לא הביא כלל את הסתפקות הגמרא.

**וכתב הרא"ש שיתכן שזאת משום שסבר הרי"ף** שאין בזה נ"מ לימינו שהרי היזק צרורות של בעיטה הינו קנס ושינוי ואין דנים עליו בבל, ואם תפס בלאו הכי מועילה תפיסתו עד חצי.

**אך הרא"ש עצמו השיג על כך** וזאת לאור שיטתו שתפיסה אינה מועילה בספק בדין, ולכן הסיק שגם אם יתפוס הניזק לא יוכל לגבות יותר מחצי.

**הרמב"ם פסק** (נזקי ממון פרק ב הלכות ה- ו)**לשיטתו** שדין זה נותר בספק ולכן אם הזיקה הבהמה בהתזה ע"י בעיטה ברה"ר, לא ניתן לגבות מבעל הבהמה כדין נזקי רגל הפטורים ברה"ר, אך אם תפס הניזק רבע נזק, אין מוציאים מידו, מכוח הספק שדינו כדין קרן.

ואם הזיקה בבעיטה בצרורות ברשות הניזק חייב לשלם רבע נזק בלבד משום שיתכן שדין היזק זה כדין קרן, ואם תפס הניזק חצי נזק אין מוציאים מידו משום שיתכן שחייב כדין צרורות רגילים.

**השו"ע פסק ככל דברי הרמב"ם**

**הרמ"א הוסיף את דעת ר"י ו'דעימיה'** שלא מועילה תפיסה כאשר הספק הוא בדין.

[הרמב"ם והשו"ע לא הזכירו שכיום לא דנים דיני קנסות ולכן לא ניתן להוציא אף רבע מן הנזק, אך הגר"א (טו) כתב כן בביאור דבריהם]

## הלכה הבהמה במקום שלא הייתה יכולה שלא תתיז והתיזה על ידי בעיטה

לשון הגמרא בב"ק יט.

**בעי מיניה רבי אבא בר ממל מרבי אמי, ואמרי לה מרבי חייא בר אבא:**

היתה מהלכת במקום שאי אפשר לה אלא אם כן מנתזת, ובעטה והתיזה והזיקה, מהו?

כיון דאי אפשר לה אורחיה הוא, או דלמא השתא מיהא מחמת ביעוט קמנתזה צרורות?

תיקו.

**הבאנו לעיל שהסתפקה הגמרא**, האם דינו של היזק 'צרורות' בבעיטה דומה להיזק 'צרורות' רגיל, או שעליו יש לשלם רבע נזק בלבד.

**על גבי זה הסתפקה הגמרא בספק נוסף**, והוא שאף אם נאמר שעל היזק 'צרורות' בבעיטה יש לשלם רבע נזק בלבד משום שזהו היזק 'משונה', האם גם במקרה שלא הייתה לבהמה אפשרות שלא לבעוט תשלם גם רק רבע נזק, או שהיזק זה נחשב כהיזק 'צרורות' רגיל.

אף ספק זה אינו נפשט.

**לכן אף בזה כתב הרמב"ם**(נזקי ממון פרק ב הלכה ו) **ובעקבותיו השו"ע** שאין להוציא יותר מרבע נזק, ושאם תפס הניזק יותר אין מוציאים מידו. (גם כאן שייכת מחלוקת הראשונים שהובאה לעיל, אם מועילה תפיסה ב'ספיקא דדינא').

לשון השו"ע:

**<u>סעיף ו:</u>**

---

[223] הבנת הגמרא מתבארת יותר לפי ביאור השני ברש"י בדף יח: (ד"ה אלא) שביאר שספקו של רבא הוא: האם ניתן להפוך צרורות 'משונים' לאחר ג' פעמים להיזק מועד שמשלמים עליו נזק שלם, ומכאן עולה שפשוט לו שמתחילה משלמים על היזק 'משונה' של רגל חצי נזק ולא רבע, אמנם הפנ"י (ד"ה 'בגמרא תפשוט ליה') ביאר גמרא זו אף לפי הביאור הראשון ברש"י שהספק הוא האם כל 'צרורות' אף שדרכם בכך נהיים מועדים לאחר ג' פעמים, וביאר שאף שהספק לפי ביאור זה הוא האם יש לדמות היזק של צרורות לקרן ולכן לאחר ג' פעמים נהיה מועד או שיש לדמותו לקרן, ומכאן פשוט שרבא לא סבר שעל 'צרורות' משונים משלמים רק רבע, כי לפי זה פשוט שצרורות רגילים אינם דומים לקרן, עי"ש בדבריו.

**היתה מהלכת ברשות הרבים, ובעטה והתיזה צרורות, והזיקו ברשות הרבים, פטור. ואם תפס הניזק רביע נזק, אין מוציאין מידו, שהדבר ספק הוא שמא שינוי הוא ואינו תולדת רגל, שהרי בעטה.**

**<u>סעיף ז:</u>**
**בעטה בארץ ברשות הניזק והתיזה צרורות מחמת הבעיטה והזיקו שם, חייב לשלם רביע נזק, שזה שינוי הוא בהתזת צרורות. ואם תפס הניזק חצי נזק, אין מוציאין מידו.**
**ואפילו היתה מהלכת במקום שאי אפשר לה שלא תתיז. ובעטה והתיזה, משלם רביע נזק. ואם תפס הניזק חצי נזק, אין מוציאין מידו.**
הגה: (ר"י והרא"ש) וכבר נתבאר דיש חולקין וסבירא להו דלא מהני תפיסה בספק דינא:

## סעיף ח

### בהמה שהטילה גללים לעיסה

לשון הגמרא בב"ק יח:
**ת"ש:** בהמה שהטילה גללים לעיסה:
**רב יהודה אומר:** משלם נזק שלם,
**ורבי אלעזר אומר:** חצי נזק;
מאי לאו כגון דעבד תלתא זימני, ובהא קמיפלגי, מר סבר: יש העדאה, ומר סבר: אין העדאה! לא, בחד זימנא, ובפלוגתא דסומכוס ורבנן קמיפלגי.
והא משונה הוא!
דדחיק ליה עלמא.
ולימא רב יהודה הלכה כסומכוס, ולימא רבי אלעזר הלכה כרבנן!
גללים אצטריכא ליה, ס"ד אמינא הואיל ובתר גופיה גרירין כגופיה דמי, קמ"ל.
**הגמרא מביאה מחלוקת בין ר' יהודה ור' אלעזר** בדבר בהמה שהטילה גללים לעיסה והזיקתה:
**רב יהודה סבר** שבעל הבהמה צריך לשלם את תשלומי כל ההיזק.
**ואילו ר' אלעזר סבר** שבעל הבהמה משלם חצי נזק בלבד.
**הגמרא הניחה בתחילה** שפשוט שהיזק הגללים נחשב כ'צרורות' והדיון הוא לאחר ג' פעמים אם נעשית הבהמה מועדת ומשלמת נזק שלם.
**הגמ' דחתה הבנה זו וביארה** שהמחלוקת היא על דין 'צרורות' בכלל, אם משלמים עליו נזק שלם כדעת סומכוס או חצי נזק כדעת חכמים.
**הגמרא מקשה** מדוע שנדון את היזק הגללים כהיזק 'רגל' והלא היזק גללים הינו היזק משונה ויש לדונו כהיזק 'קרן'.
**הגמרא מיישבת** שמדובר במציאות 'דדחיקא ליה עלמא', ומבאר רש"י שעומדת במקום צר ואין לה מקום לזוז (רש"י מביא 2 הסברים מדוע שלא נחשיב זאת כהיזק שן, והלא להנאה מתכוונת: א. מדובר בבהמה שמשלשלת שאינה נהנית. ב. שאף במידה ונהנית אין זה נחשב כהיזק שן, משום שהיזק שן הוא רק במידה ומזיקה בגופה, ע"ש)
**עוד מבארת הגמרא** שהסיבה שנחלקו ר"א ורב יהודה במקרה זה באופן פרטי ולא נחלקו בכללי אם הלכה כסומכוס או כחכמים זה בשביל לחדש שהיזק גללים נחשב כ'צרורות', על אף שמגיע מתוך גופה של בהמה [**לשון הגמרא:** בתר גופה גרירין. **לשון רש"י-** דבגופה טענה להו כגופה].

על פי זה פסק השו"ע:
**בהמה שהטילה גללים לעיסה, היינו צרורות. וכגון דדחיק לה עלמא שאין לה מקום לנטות אנה ואנה, דאי לאו הכי הוי שינוי ותולדה דקרן הוא:**

## סעיף ט

### תרנגול שתקע בתוך כלי זכוכית

לשון הגמרא בב"ק יח:
**תא שמע, דתני רמי בר יחזקאל:** תרנגול שהושיט ראשו לאויר כלי זכוכית ותקע בו ושברו – משלם נזק שלם.

**ואמר רב יוסף, אמרי בי רב:** סוס שצנף, וחמור שנער, ושיבר את הכלים - משלם חצי נזק.

מאי לאו כגון דעבד תלתא זימני, ובהא קמיפלגי,מר סבר: יש העדאה, ומר סבר: אין העדאה! לא, בחד זמנא, ובפלוגתא דסומכוס ורבנן קמיפלגי.

והא משונה הוא! דאית ביה בזרני.

**הגמרא מביאה מחלוקת בין אמוראים** העוסקת בהיזק שנעשה ע"י קול של חיות:

**רמי בר יחזקאל שנה ברייתא הקובעת** כי תרנגול שהזיק כלי זכוכית ע"י קולו (יתקע בו ושברו)משלם נזק שלם.

**לעומתו אמר רב יוסף בשם רב** שסוס או חמור שהזיקו ע"י קולם משלמים חצי נזק בלבד.

**הגמרא רצתה בתחילה לבאר** שהמחלוקת נסובה בדבר חיה שהזיקה ע"י קולה ג' פעמים[והיזק זה נחשב כ'צרורות'], והמחלוקת היא אם לאחר ג' פעמים היא נעשית מועדת ומשלמת נזק שלם.

**הגמרא דחתה זאת וביארה** שנחלקו האמוראים במחלוקתם של סומכוס וחכמים האם על היזק 'צרורות' יש לחייב נזק שלם או חצי נזק.

**הגמרא מקשה על כך** והרי היזק התרנגול שהכניס ראשו לכלי ותקע הינו משונה (לקמן יבואר מהי הקושיא).

**ומתרצת הגמרא**שמדובר באופן שהתרנגול הכניס ראשו לכלי על מנת לאכול את הזרעים המצויים בתוכו, ותוך כדי תקע בקולו והזיק את הכלי, וזהו 'דרך' התרנגול ואינו 'משונה'.

**ההבנה הפשוטה היא** שהגמרא שאלה שאלה זו על רמי רב יחזקאל שאף אם יסבור כסומכוס שעל היזק צרורות יש לשלם נזק שלם, כאן היה לו להודות שיש לשלם חצי נזק שהרי זהו היזק 'משונה' ודינו כ'קרן'.

**ועל כך תירצה הגמרא** שמדובר כשיש זרעים בכלי ולכן לדעת סומכוס יש לחייב נזק שלם.

**על פי הבנה זו יוצא שלעולם** אין לחייב יותר מחצי נזק על הזק קול של חיה, שהרי אנו פוסקים כחכמים שעל כל נזקי 'צרורות' יש לחייב חצי נזק. (אמנם תתכן נ"מ הלכתית שבמקרה שלא היה זרעים לא נוכל לחייב יותר מרבע נזק כמבואר לעיל).

**הרי"ף**(ז:) הביא את דברי רמי בר יחזקאל שיש לשלם על היזק קול של תרנגול נזק שלם, ולאחר מכן את העמדת הגמרא שמדובר כשיש זרעים בתוכו אך כשאין זרעים משלם רק חצי נזק, הואיל והוא משונה.

ולאחר מכן הביא הרי"ף את דינו של רב יוסף בשם בית רב שעל היזק קול של סוס חייבים רק חצי נזק.

**המאור תמה על הרי"ף**שהביא את דינו של רב יוסף לשלם נזק שלם על הזק קול של תרנגול, שהלא הוא סבר כסומכוס ואנו איננו פוסקים כן, וכתב שלהלכה אין חילוק בין מציאות שיש זרעונים למציאות שאין ובשניהם משלם חצי נזק.

**הנימוקי יוסף**(ד"ה 'משלם חצי נזק') ביאר שודאי הרי"ף מודה שאין הלכה כרמי בר יחזקאל, והביא את דבריו רק בכדי ללמדנו על החלוקה בין מציאות שיש זרעונים בכלי למציאות שאין, שהרי גם לשיטתנו יש חילוק בזה, שאם אין זרעונים בכלי הרי זה משונה ומכוח הספק ניתן לחייב רק רבע נזק כקנס של קרן.

וכתב הנימוק"י שלא חשש הרי"ף שיטעו בדבריו שפסק כרמי בר יחזקאל שהרי הביא לאחר מכן את המימרא החולקת של רב יוסף בשם בית רב שמחייבים חצי נזק על נזקי קול של חיה. **וכן כתב הרא"ש בקצרה**(ב"ק ב, ב).

**אמנם הרשב"א** (ד"ה 'דאית ביה ביזרוני')**ביאר בדעת הרי"ף** שפסק להלכה את דינו של רמי בר יחזקאל שעל הזק קול של תרנגול יש לשלם נזק שלם, וביאר שהבין הרי"ף שלאחר מסקנת הגמרא שכשיש זרעונים ההיזק הוא כדרכן, אין זה נחשב כהיזק 'צרורות', אלא כהיזק של 'רגל' רגיל משום שהכניס ראשו לתוכו הכלי ונחשב ששברו בגופו.

**א"כ מצאנו עד כאן 2 אפשרויות בעולה להלכה מסוגיא זו:**

1. **רא"ש ונימוק"י-** על כל הזק קול של חיה יש לחייב חצי נזק, ובמידה ותרנגול הזיק כלי בקול כשלא היה שם זרעונים אין לחייב יותר מרבע נזק כדין קרן מכוח הספק.
2. **רשב"א-** על היזק קול יש לחייב חצי נזק, אך על הזק של תרנגול שהכניס ראשו ותקע והיו שם זרעונים יש לחייב נזק שלם כדין מזיק בגופו ממש.

**אך יש להעיר שמעיון מדברי הרמב"ם עולה שיטה שלישית שצריכה ביאור:**

**הרמב"ם פסק**(פרק ב, הלכות ט-י): שבמידה ותקע התרנגול בכלי שיש בו זרעונים הוא משלם חצי נזק כדין 'צרורות', משום שדרכו בכך. אך אם תקבע בכלי ריק, משלם חצי נזק כדיני כל הקנסות וכדין קרן משום שזהו משונה.

**דברי הרמב"ם מעוררים תמיהה** שהרי על היזק צרורות שנעשה בשינוי ישנו ספק אם משלם חצי נזק כדין 'צרורות' או רבע נזק כדין 'קרן' ונותר דין זה בספק, ואין כלל צד לחייב חצי נזק מדין 'קרן'.

**הראב"ד בהשגותיו על הרמב"ם התעורר לקושיא זו** וכתב שדברי הרמב"ם הינם 'טעות'.

**אף הטור השיג על הרמב"ם בזה.**
**המגיד משנה כתב לתרץ**שכל הדיון בגמרא היה בדעת סומכוס, אך היה פשוט לגמרא שלדעת חכמים במידה והתרנגול מזיק בקולו בצורה משונה שמכניס ראש לתוך כלי אין זה נחשב כלל נזק 'רגל' אלא נזק 'קרן', משום שכל הספק בשינוי של צרורות הוא כשהשינו הוא בגוף המעשה שהבהמה זורקת צרורות בצורה משונה [בבעיטה וכדו'] אבל כאן שהשינוי אינו בגוף המעשה אלא בהכנסת הראש לכלי, פשוט שהחיוב הוא מדין קרן[224].
**השו"ע העתיק את לשון הטור ופסק** שכשם שחייב על כח שיש בו ממש כמו שהתיז צרורות, כך חייב על כח שאין בו ממש כגון סוס שצנף וחמור שנער ושברו כלים בכח קולם ותרנגול ששבר כלים ברוח כנפיו או שהושיט ראשו לאויר כלי ותקע בו ושברו, אך זאת דווקא במציאות שההיזק לא נעשה בשינוי אבל במידה ונעשה בשינוי כגון שהתרנגול הכניס ראשו בכלי שאין זרעונים ותקע הרי זה שינוי[225] ולא דנים בימינו.
**הטור המשיך וכתב** שאם תפס גוף המזיק גובים ממנו רבע, **והשו"ע השמיט זאת.**
**הגר"א (טז) כתב** שעניין התפיסה תלוי במחלוקת לעיל אם מועילה תפיסה בספק דין, שאם מועילה תפיסה, הוא יכול לתפוס חצי נזק, ואם לא מועילה הוא יכול לתפוס רק מן הרבע של הקנס. עוד הוסיף הגר"א שלדעת הרמב"ם מועילה התפיסה בחצי ולא מכוח תפיסה ב'ספיקא דדינא', אלא מכוח תפיסה בקנס בתורת ודאי, שהרי לשיטתו בעל הפרה חייב לשלם חצי נזק בתורת ודאי.
[ויוצא שהשו"ע סתם ולא הכריע אם הלכה כטור או כרמב"ם- אם חייב לשלם חצי נזק מתורת ודאי או שתלוי בספק אם יש שינוי בצרורות].
לשון השו"ע:

**כשם שחייב על כח שיש בו ממש שהתיז צרורות, כך חייב על כח שאין בו ממש, כגון סוס שצנף** (פי' צניפה בסוס כמו נעירה בחמור ונביחה בכלב ושאיגה באריה) **וחמור שנוער ושברו כלים בכח קולם ותרנגול שבר כלים ברוח כנפיו או שהושיט ראשו לאויר כלי ותקע בו ושברו.**
**במה דברים אמורים?**
**כשיש בו זרעונים, דהשתא הוי אורחיה; אבל אם אין בו זרעונים הוי שינוי, ולא דיינין ליה השתא.**

## סעיף י

### תרנגול שהזיק על ידי דליל

לשון המשנהבב"ק יז.
התרנגולין מועדין להלך כדרכן ולשבר.
היה דליל קשור ברגליו, או שהיה מהדס ומשבר את הכלים - משלם חצי נזק.
ובגמרא בדף יט:
**אמר רב הונא:** לא שנו אלא שנקשר מאליו, אבל קשרו אדם - חייב.
נקשר מאליו מאן חייב?
אילימא בעל הדליל, היכי דמי? אי דאצנעיה, אנוס הוא! ואי לא אצנעיה, פושע הוא!
אלא חייב בעל תרנגול.
מאי שנא כוליה נזק דלא? דכתיב: "כי יפתח איש בור" (שמות כא)- ולא שור בור.חצי נזק נמי איש בור ולא שור בור!
אלא, מתני' בדאדייה אדויי.
וכי אתמר דרב הונא - בעלמא אתמר: דליל הפקר, אמר רב הונא: נקשר מאליו - פטור, קשרו אדם - חייב.

---

[224] ועיין באבן האזל בביאור יסוד זה שביאר שההיזק עצמו הינו היזק רגל, והשינוי הוא מחוץ למעשה, ולכן מחד לא ניתן לחייבו נזק שלם הואיל ונעשה בשינוי, ומאידך איך לחלק מתוך היזק הרגל ל2 רבעים, משום שההיזק עצמו הינו 'רגל' ואין בו שום שינוי, והביא שכן כתב האור שמח, עי"ש
ועיין עוד ביד פשוטה שביאר באופן אחר והוא שהיזק צרורות הוא רק היזק הנעשה כפעולה נלווית למעשה ישיר, ולכן דווא היזק קול הנעשה מוכח אכילה הינו היזק נלווה, אך כשהתרנגול מזיק ע"י קול לבדו, אין זו פעולה נלווית, אלא פעולה ישירה הנידונה כ'קרן' עי"ש
[225] עיין בספר הלכה למשה על הרמב"ם (נזקי ממון ב,ט) שעורר לכך שהטור כתב כאן בתורת ודאי שזה שינוי ולכאורה זהו תלוי בספק אם יש שינוי לצרורות, ורצה להוכיח מכאן שהטור בניגוד לרמב"ם סובר שהספק אינו אם שינוי בצרורות חשיב כקרן וזה פשוט שכך הוא, אלא הספק הוא אם חייב לשלם חצי או רבע, עי"ש בדבריו.

משום מאי חייב?

**אמר רב הונא בר מנוח**: משום בורו המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה.

**במשנה מבואר** שיש לחייב נזק שלם על מה שהזיק התרנגול ברגליו, אך על דליל הקשור ברגליו, או על היזק שנוצר מכוח ריקוד (והזיק בצרורות- רש"י על המשנה) של התרנגול חייב לשלם רק חצי נזק.

**הגמרא הבינה בתחילה** שהמקרה הראשון של היזק הדליל, הוא במידה ואדם אחר ניזוק בו כאשר היה מונח ברה"ר.

**ועל גבי זה מביאה את דברי רב הונא** שהחיוב בחצי נזק הוא דווקא במידה ונקשר הדליל מאליו בתרנגול, אך אם אדם אחר קשרו לתרנגול- חייב הקושר.

**הגמרא ניסתה לברר**, מי הוא זה שחייב חצי נזק במידה ונקשר מאליו, ומסיקה שלא יתכן שמדובר בבעל הדליל שהרי במידה והצניע את הדליל יש לפוטרו לחלוטין, ואם פשע ולא הצניע יש לחייבו היזק שלם מדין היזק בור.

**רצתה הגמ' לומר** שמדובר בבעל התרנגול, אך הסיקה שאין לחייב על נזקי בור שיצרה בהמתו של האדם שנאמר "כי יפתח איש בור" ולא שור בור.

**על כן ביארה הגמרא** שמדובר באופן שהתרנגול- 'אדייה אדויי' כלומר, שהתרנגול זרק את הדליל על דבר אחר והזיקו, וחייב לשלם מדין 'צרורות' חצי נזק.

**רש"י למד מדברי הגמרא כאן** שאף במידה וקשר אדם את הדליל לתרנגול אין לחייבו במידה והתרנגול זרק את הדליל על דבר אחר והזיקו, וביאר רש"י שזאת משום שהדליל לא נח ולכן אין לחייבו על היזק בור שהרי לא היה אדם שנתקל בבורו, ולכן החיוב היחיד מוטל על בעל התרנגול על שהזיק תרנגולו ב'צרורות'.

**אמנם תוספות** (תוס ב"ק יט: ד"ה 'וכי אתמר') **והרא"ש** (ב"ק ב, ב) **חלקו על דברי רש"י** וסברו שאם היה אדם שקשר את הדליל יש לחייבו על כך שאף אם נאמר שאין זה נחשב כהיזק בור, מכול מקום יש לחייבו על היזק 'אש' כדין אבנו וסכינו שנפלו מראש הגג, וביאר הרא"ש שבמקרה זה היה מוטל על בעל התרנגול לשלם רבע נזק ועל הקושר היה מוטל לשלם שלושה רבעים. (הואיל וחצי מהנזק הינו היזק משותף לשניהם וחצי הנוסף שייך רק לבעל הדליל).

**עוד כתבו הרא"ש ותוספות** (ב"ק יט" ד"ה 'קשרו') שגם אין לומר שהמשנה מדברת במציאות שיש בעלים לדליל ולא הצניעם כראוי, מפני שאף במקרה זה היה לחייב את בעל הדליל מדין 'אבנו וסכינו'.

**על כן כתבו תוס'** (ד"ה 'אלא מתני') **והרא"ש** שדברי המשנה נאמרו דווקא במציאות של דליל הפקר או שיש בעלים לדליל אך הצניעם כראוי ולכן כל החיוב מוטל רק על בעל התרנגול ומדין צרורות.

**הגמרא ממשיכה ומבארת** שדברי רב הונא נאמרו שלא ביחס למשנה ועסקו בדליל הפקר ולכן רק במידה וקשרו אדם יש לחייב את הקושר, אך כל שלא קשרו אין את מי לחייב, ומבואר ברש"י שמדובר שהדליל הזיק לאחר שהונח על ידי התרנגול, ולכן אין לחייב את בעל התרנגול משום 'בור' שהרי לא חייבה התורה על בור שכרה בהמתו.

**לפי שיטת רש"י מובן** מדוע לא ניתן להעמיד את דברי רב הונא ביחס למשנה, משום שהמשנה דיברה במציאות של 'צרורות' ולכן חייבה את בעל התרנגול חצי נזק, ובמקרה של צרורות לדעת רש"י אין לחייב את הקושר, משום שהדליל לא הזיק כשהיה מונח.

**אך כפי שהבאנו לעיל תוספות ביארו** שאף במקרה שהדליל הזיק תוך כדי זריקה חייב הקושר, ועל כן ביארו תוספות שהסיבה שלא ניתן להעמיד את דברי רב הונא ביחס למשנה היא משום שמדברי רב הונא נראה שמדובר במקרה שבעל הדליל משלם הכול לבדו, ואם נעמיד את דבריו במקרה של המשנה, הרי אף בעל התרנגול צריך לשלם רבע מן הנזק וכפי שהבאנו לעיל.

**לסיכום עולה כי לשיטת רש"י** אין לחייב את הקושר דליל (והוא הדין את בעל הדליל משום שלדעת רש"י הקושר הוא בעל הדליל וכפי שיבואר לקמן) על היזקו של הדליל שנעשה תוך כדי זריקה, משום שאין זה נחשב כהיזק בור עד שינוח, ולכן במקרה זה יש לחייב רק את בעל התרנגול.

**ולשיטת תוספות והרא"ש** לעולם יש לחייב את הקושר או את בעלי הדליל על היזק שנוצר מהדליל, אלא אם כן בעל הדליל הצניע כראוי, ובמידה וההיזק נעשה ב'צרורות' של התרנגול, ישלם בעל התנרגול רבע מן הנזק ובעל הדליל את שאר הנזק (לקמן יבואר שבמידה וקשר אדם את הדליל הוא חייב לבדו ולא בעל הדליל ולא בעל התרנגול).

**השו"ע** נקט בלשון הרמב"ם שביאר דברי הגמרא באופן אחר שיתבאר לקמן.

**והרמ"א** הביא את כל דיני תוספות והרא"ש שהבאנו.

## הזיק התרנגול בדליל בדרך הילוכו

**כתב הרא"ש** (ב"ק ב,ב) שאם הזיק התרנגול בדליל דרך הלוכו משלם נזק שלם, משום שדבר המחובר לגופו נחשב כגופו כדין 'עגלה המושכת בקרון' המבואר בדף יז: **וכן פסק הרמ"א.**

## דליל שיש לו בעלים ולא הצניעו וקשרו אחר לתרנגול

**כתב הרא"ש**(ב"ב ב,ב) שבמציאות שיש לדליל בעלים ופשע ולא הצניע ואח"כ קשרו אחר לרגלי התרנגול, אין לחייב את בעל הדליל אלא רק את הקושר כמבואר בדף כט: שההופך את הגלל

והזיק חייב אפילו במידה והפכו שלא על מנת לזכות בו משום שכבר הסתלק מעשהו של ראשון, וכעת ההופך את הגלל/ הקושר את הדליל- ככורה בור חדש[226].**וכן פסק הרמ"א**.
**והסמ"ע (כט) כתב** שאף במידה ויש לתרנגול בעלים, אין לחייב אלא את הקושר [וביאר הסמ"ע שלמרות שהרמ"א והטור כתבו שהקושר חייב אפילו אם יש לדליל בעלים ולא חידשו יותר שאפילו כשיש לתרנגול בעלים, הוא משום שסברו שבתרנגול זה פשוט יותר שהיות וקשר בו נעשה כבעלים עליו]

## אם החיוב הוא דווקא על קושר דליל או כל שהזיזו ממקום מוצנע למקום שאינו מוצנע

**מדברי רש"י** (ד"ה 'קשרו אדם')**עולה** כי יש לחייב את הקושר דליל מדין היזק בור משום שקנאו בהגבהה והוא נחשב בכעלים של הדליל.
**תוספות** (ד"ה 'קשרו') **השיגו על דבריו וכתבו** שאף אם לא הגביהו, כל שהזיזו ממקום מוצנע ל'מקום התורפה' חייב משום שפשע בו.
**וכן כתב הרא"ש** שכל שקשרו אדם ברגלי הבהמה חייב משום בור המתגלגל ברגלי אדם וברגלי בהמה, אפילו לא נתכוין לזכות בו. **וכן פסק הרמ"א.**
**הפת"ש (א) הביא את דברי הדגול מרבבה שכתב** שבמקרה שלא קשרו אלא רק הניחו במקום תורפה, במידה ויש לתרנגול בעלים, חייב אף בעל התרנגול, משום ששניהם פשעו במידה שווה- 'זה פשע במה שהניח החוט במקום שאינו משומר וזה פשע שלא שמר תרנגול שלו', וזאת בניגוד למציאות שקשרו שחייב רק הקושר, על אף שיש לתרנגול בעלים וכפי שהבאנו לעיל בשם הסמ"ע.

## שיטת הרמב"ם בביאור הגמרא

**עד כאן הבאנו את שיטות רש"י ותוספות על הסוגיא שהבינו את הביטוי**: 'היה דליל קשור ברגליו' שהתרנגול הזיק ע"י התזת הדליל על דבר אחר, וזה פירוש ביארו הגמרא למשנה זו: 'מתני' בדאדייה אדויי'.
אמנם מלשון הרמב"ם (נזקי ממון ב, י) עולה שהבין את הגמרא באופן אחר וזה לשונו:
היה חוט או רצועה קשור ברגליהן ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר משלם חצי נזק.
במה דברים אמורים?
בשקשרו אדם אבל אם נקשר על רגליהן מאליו בעל התרנגולין פטור.
ואם היו לחוט בעלים ולא היה החוט הפקר בעל החוט חייב חצי נזק שהרי הוא כבור המתגלגל.
**עולה מדברי הרמב"ם** שהבין את המקרה באופן אחר, והוא שההיזק לא נוצר ע"י התזת הדליל בדבר אחר כפי שהבינו שאר ראשונים.
**אך פרטי ההלכות הכתובים מעוררים תמיהה** מפני שהרמב"ם מחייב רק במידה שקשרו אדסורק חצי נזק, ודבר זה צריך ביאור שהרי חיוב חצי נזק שייך רק בהיזק צרורות או קרן השייכת לבהמה עצמה, וכיצד ניתן לשייך חיוב זה לקושר שחיובו מכוח 'בור' או 'אש'. וכן בהמשך חייב הרמב"ם את בעל החוט בחצי נזק, ושוב הדבר מתמיה.
[ישנם עוד תמיהות בדברי הרמב"ם והאריכו בהם נושאי הכלים והראב"ד בהשגות, והרבה מהם קשורות בעצם הבנתם ברמב"ם ולכן לא הארכתי]
**המגיד משנה כתב על דברי הרמב"ם הללו:** ' זה כתב על הסוגיא האמורה על משנה זו, ואיני יודע למה לפי גרסת ספרינו וכבר הושג מזה'
[ועיין בהשגות הראב"דשהבין שמה שכתב הרמב"ם בתחילה שבמידה וקשרו אדם חייב, כוונתו שבעל התרנגול קשרו וחייב מדין 'צרורות' וסבר שהולכים בתר תבר מנא כספיקו של רבא, ולפי הבנה זו הקשה על הרמב"ם מספר קושיות, ועיין באבן האזל וביד פשוטה ועוד נו"כ]
**השו"ע** העתיק את לשון הרמב"ם במקצת וזה לשונו: 'התרנגולים מועדים להלך כדרכן ולשבר. היה חוט או רצועה קשור ברגליהם, ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר, משלם חצי נזק'.
וכתב הסמ"ע שנראה שהשו"ע השמיט את החילוקים בין קשרו אדם לנקשר מאליו ובין דליל של הפקר לדליל השייך לאדם: 'משום דנוכל לקיימן אליבא דהלכתא ולפרשה דמיירי בחוט של הפקר וכששובר דרך זריקה, דאז גם שאר הפוסקים סבירא להו דמשלם בעל התרנגול חצי נזק וכדמסיק מור"ם ג"כ, ואף שהרמב"ם כתב שם ע"ז במה דברים אמורים, וגילה דלא איירי בהכי, מ"מ ניחא ליה להמחבר להעתיק לשונו מאי דאפשר לקיימו.
**הרמ"א כתב על לשון השו"ע**: 'וזה לשון הרמב"ם והוא סתום' [ולאחר מכן הביא באריכות את מסקנות הרא"ש העולות להלכה מסוגיא זו כמבואר לעיל].
לשון השו"ע:
**התרנגולים מועדים להלך כדרכן ולשבר. היה חוט או רצועה קשור ברגליהם, ונסתבך כלי באותו החוט ונתגלגל ונשבר, משלם חצי נזק.**
הגה: זהו לשון הרמב"ם, והוא סתום.

---

[226] לפי זה ביאר הרא"ש שהסיבה שרב הונא דיבר במקרה שהדליל הפקר, אינה מפני שאם היה שייך לבעלים היה הבעלים חייב במידה וקשרו אחר, אלא בכדי לומר שבמקרה שנקשר מאליו פטורים כולם (אף בעל התרנגול).

אבל אחרים כתבו: והיה חוט או משיחה קשורה ברגלה, אם גררה ושברה בו כלי דרך הלוכה, משלם נזק שלם; זרקו ושבר בו, משלם חצי נזק. ( ואם הזיק אחר שנח, פטור).
במה דברים אמורים?
בחוט של הפקר או שיש לו בעלים והצניעו ונקשר מאליו.
אבל אם החוט של בעל התרנגול ולא הצניעו, אפילו נקשר מאליו ושבר ע"י זריקה, חייב נזק שלם (טור ס"ג), דחצי נזק דצרורות אינו אלא בהתיזה דבר הפקר, אבל אם התיזה דבר (של בעלים) ולא הצניעו, חייב נזק שלם.
ואם החוט של אחרים, בעל החוט חייב, בין הזיק התרנגול דרך גרירה או דרך זריקה, הואיל ולא הצניע חוט שלו.
ואם הזיק החוט לאחר שנח, חייב משום בור המתגלגל.
במה דברים אמורים?
בתרנגול של הפקר; אבל אם יש לתרנגול בעלים, אם הזיק דרך גרירה שניהם משלמין ביחד.
ואם הזיק דרך זריקה, בעל התרנגול נותן רביע ובעל החוט שלשה חלקים.
ואם הזיק לאחר שנח, בעל התרנגול פטור ובעל החוט חייב הכל. ועיין לקמן סי' תי"א יתבאר בדיני בור.
וכל זה בנקשר מאליו, אבל אם קשרו אדם ברגל התרנגול אז הקושר חייב בכל ענין, אפילו יש לחוט בעלים (טור).
והוא הדין אם היה החוט מונח במקום מוצנע, והניחו אדם במקום תורפה ועל ידי זה נקשר בתרנגול, הוי כאילו קשרו בידים (ב"י בשם התוספות שם ובשם הרא"ש).

## סעיף יא

### תרנגול שחתך חוט של דלי וע"י כך נשבר הדלי

לשון הגמרא בב"ק יז:

**תנו רבנן**: תרנגולים שהיו מחטטין בחבל דלי, ונפסק החבל ונשבר הדלי - משלמין נזק שלם...

**שמע מינה**: בתר מעיקרא אזלינן!

תרגמא אחבל.

והא חבל - משונה הוא!

דמאוס בלישה.

והא נשבר דלי קתני!

אלא סומכוס היא, דאמר: צרורות - נזק שלם משלם.

אי סומכוס.אימא סיפא: ניתז ממנו שבר ונפל על כלי אחר ושברה - על הראשון משלם נזק שלם, ועל האחרון משלם חצי נזק. ואי סומכוס, מי אית ליה חצי נזק?

וכי תימא, שאני ליה לסומכוס בין נזק כחו לכח כחו,

ואלא הא דבעי רב אשי: כח כחו, לסומכוס, ככחו דמי או לאו ככחו דמי? תפשוט ליה דלאו ככחו דמי?

אלא לאו רבנן היא, ש"מ: בתר מעיקרא אזלינן!

**אמר רב ביבי בר אביי**: דקאזיל מיניה מיניה.

**הברייתא קובעת** שתרנגולים שחיטטו בחבל הקשור לדלי וע"י כך התנתק החבל מהדלי ונשבר הדלי- חייב בעל התרנגולים בנזק שלם.

**הגמרא רצתה להוכיח מברייתא זו** שאע"פ שההיזק של התרנגולים בדלי לא נעשה באותו מקום בו התנתק החבל אלא במקום אחר בו התנפץ הכלי, מכול מקום אין זה נחשב כהיזק 'צרורות' אלא כהיזק 'רגלי' ישיר, וזאת משום שתחילת ההיזק נעשה במקום הראשון- 'בתר מעיקרא אזלינן'[ואף שהתרנגולים לא נגעו בדלי עצמו, מכול מקום מכיון שהחבל קשור לדלי, נגיעתם בחבל נחשב כנגיעה בכלי].

**הגמרא דחתה הוכחה זו** וביארה שמדובר שההיזק נעשה בחבל עצמו ולכן חייב לשלם נזק שלם על החבל.
**הגמרא הקשתה** שההיזק בחבל הינו היזק של 'שינוי' ויש לחייב עליו רק חצי נזק, משום שאין דרך התרנגול לאכול חבל [תוס' והרשב"א ביארו שהקושיא היא דווקא לאחר שהגמרא העמידה שההיזק הוא בחבל, משום שבתחילה יכולנו לומר שמדובר בחבל ישן שדרך התרנגול לכרסם אך במקרה זה הוא אינו שווה כלום ואין לחייב עליו, עוד ביארו שהיה ניתן להבין שמדובר בחבל שהותר קשרו ולא שהוזק].
**הגמרא תירצה** שניתן לומר שמדובר בחבל שמלוכלך בעיסה ובזה דרך התרנגול לכרסם בו .
**הגמרא דוחה את עצם האפשרות לומר שהברייתא דנה בחיוב על החבל**, משום שהברייתא עסקה במפורש בכך שהכלי נשבר, ומשמע שהדיון הוא על הכלי ולא על החבל.
**הגמרא רצתה לומר שעדיין לא ניתן להוכיח שהיזק זה נחשב שלא כצרורות** ולכן חייב נזק שלם, משום שיתכן שהברייתא סוברת כסומכוס שיש לחייב גם על היזק של 'צרורות' נזק שלם.
**הגמרא דוחה אפשרות ז**ומשום לפי אפשרות זו שהברייתא הינה כדעת סומכוס היה ניתן לפשוט מסוף דברי הברייתא שאף סומכוס מודה שיש לחייב חצי נזק על כוח כוחו שהרי הברייתא בסופה כותבת שאם ניתז שבר מהכלי הנ"ל ונפל על כלי אחר- חייב חצי נזק. והרי רב אשי הסתפק בעניין זה בדעת סומכוס ומשמע שלא ניתן לפשוט מכאן.
**על כן כתבה הגמרא** שניתן להעמיד את הברייתא כדעת חכמים ועדין לא להוכיח שיש ללכת 'בתר מעיקרא' ולבאר שהברייתא עוסקת במקרה שהתרנגול דחף את הדלי עצמו והוסיף לדוחפו עד שנשבר .
**בפשטות**, כל דברי הגמרא כאן נאמרו בכדי לומר שאין להכריח מהברייתא שיש ללכת 'בתר מעיקרא', אך במידה שנקבל שיש ללכת 'בתר מעיקרא' היה נראה שיש לחייב נזק שלם על חיטוט התרנגול בחבל הדלי [וע"י כך נשבר הכלי]אף במידהשלא דחף את הכלי עד לשבירתו, הואיל ותחילת השבירה נעשתה כאן.
**אך הרי"ף** (ב"ק ז.) הביא את העמדה זו של הגמרא למסקנה, וזאת למרות שהכריע שיש ללכת 'בתר מעיקרא'.
**המאור תמה על הרי"ף בעניין זה**, וכתב שבאמת להלכה לעולם יש לחייב נזק שלם ואף ללא דחיפת הכלי.
**הרא"ש** (ב"ק ב, א) **הביא שהראב"ד תירץ**שהרי"ף רצה לומר שבמידה והתרנגול דחף את הדלי עד לשבירתו, יש לחייב חיוב נזק שלם אף כשלא היה עיסה בחבל, משום שבמקרה שדוחף את הכלי עד שבירתו אין זה 'שינוי שדרך התרנגול שרוצה לשתות מן הכלי לדוחפו עד שבירתו(עיין בסמ"ע (לא) ובדרישה (ד) שיישב קושיא זו באופן קצת שונה).
**והביא הרא"ש 2 אפשרויות** בעניין השאלה האם במקרה זה שדחף את הכלי עד שבירתו יתחייב אף על היזק החבל נזק שלם.

1. על החבל עדיין יתחייב בעל התרנגול רק חצי נזק הואיל ועדיין כרסום החבל הינו מעשה משונה.
2. אף על החבל יתחייב בעל התרנגול נזק שלם משום שאין זה משונה שהתרנגול יפסוק את החבל בכדי שיפול הכלי ממנו ויוכל לשתות מן הדלי.

**בדומה לרי"ף אף הרמב"ם** (נזקי ממון ב, יד) הביא את העמדת הגמרא שהתרנגול דחף את הדלי למסקנה, ופסק שיש לחייב על שבירת הכלי מכוח חיטוט התרנגול דווקא במידה שנתגלגל הכלי מחמתן עד שנפל ונשבר, אך הוסיף שבמידה והיה על החבל אוכל ובעת אכילתן פסקוהו, משלם גם על החבל נזק שלם[227].
**השו"ע פסק את דין הברייתא** שיש לחייב נזק שלם על תרנגול שהיה מחטט בחבל דלי ונפסק החבל ונשבר הדלי, במידה והייתה עיסה דבוקה בחבל, והוסיף את דברי תוספות ורשב"א שבמידה והחבל ישן ובלוי יש לחייב אף במציאות שלא היתה עיסה דבוקה משום שדרכו לחתוך חבל כזה.
**והוסיף השו"ע** שבמידה והתרנגול הולך אחר הדלי ומגלגלו עד המקום שנשבר שם, משלם נזק שלם.

---

[227] היה ניתן לבאר את דברי הרמב"ם כביאור הראשון שהביא הרא"ש בשם הראב"ד שהפטור בכלי מנזק שלם במידה ולא גלגלו התרנגול עד שנשבר אינו משום שיש ללכת אחר 'תבר מנא' ודינו כצרורות אלא משום שהוא משונה, ובמידה וגלגל התרנגול- שבירת הכלי אינה חשובה כ'שינוי' אך פסיקת החבל עדיין חשובה כ'שינוי' עד שיפסוק מחמת האוכל שיש בחבל.
אלא שיש דוחק בביאור זה ברמב"ם משום שיוצא מכאן שבמידה ויש אוכל בחבל יש לחייב נזק שלם אף על שבירת הכלי עצמה משום שאין בזה 'שינוי', וברמב"ם לא משמע כן, ומשמע שלעולם אין לחייב נזק שלם על הכלי עד שיגלגל התרנגול, והיה ניתן להוכיח מכאן שסבר הרמב"ם להלכה שאנו הולכים 'בתר תבר מינה'.
אך במרכבת המשנה (חעלמא) כתב שניתן לומר שבד"כ סבר הרמב"ם שיש ללכת 'בתר מעיקרא', אך כאן המציאות היא שההיזק אינו נעשה ישירות בכלי אלא דרך החבל ולכן בזה יש ללכת 'בתר תבר מנא', ואין להקשות א"כ כיצד רצתה הגמרא ללמוד מן הדין שלנו שהולכים 'בתר מעיקרא' משום שהגמרא רצתה ללמוד כן בד"כ כל שכן, שאם גם במקרה שההיזק אינו נעשה ישירות בכלי אלא בחבל, מכול מקום כיון שנעשה בחבל הקשור בכלי וההיזק התחיל כעת יש להחשיב את ההיזק כאילו נעשה ברגע הראשון, א"כ כש"כ במקרה שמהרגע הראשון נעשה ההיזק בכלי כגון שבעטה בכלי ונשבר במקום אחר.

**בגר"א (לב) מבואר** שהבין שהשו"ע פסק כביאור הרא"ש ברי"ף שבמידה והתרנגול הולך אחר הדלי אין זה שינוי, וכן נראה שדייק מלשון השו"ע שסבר כביאור השני בראש"ש שבמקרהזה יש לחייב אף על הזיק החבל (נראה שדייק זאת שכתב בתחילה: ש'אם החבל חדש ואין עיסה דבוקה בו, אינו חייב אלא חצי נזק בין על החבל בין על הדלי, ולאחר מכן כתב שאם גלגל התרנגול חייב נזק שלם ומשמע שכוונתו גם להיזק החבל).
לשון השו"ע:

**תרנגול שהיה מחטט בחבל דלי ונפסק החבל ונשבר הדלי:**
**אם עיסה דבוקה בחבל דהשתא אורחיה הוא, או אפילו אין בו עיסה והוא בלוי שדרכו ליפסק על ידי חטיטת התרנגול, חייב בין על החבל בין על הדלי נזק שלם.**
**ואם החבל חדש ואין עיסה דבוקה בו, משונה הוא ואינו חייב אלא חצי נזק בין על החבל בין על הדלי.**
**ואם הוא הולך אחר הדלי ומגלגלו עד המקום שנשבר שם, משלם נזק שלם.**

## סעיף יב

### כלב וגדי שהזיקו בקפיצן או בנפילתן מראש הגג

**במשנה בב"ק דף כא:נאמר** שבמידה וכלב או גדי קפצו מראש הגג וכתוצאה מכך שברו כלים- מחויב בעליהם לשלם נזק שלם על היזקם, היות והם מועדים לכך.
**הגמרא** מאריכה לדון בסוגית 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס' והעולה מהגמרא הוא שלשיטה הסוברת שיש לחייב על 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס' [שהיא השיטה שנפסקה להלכה], פשוט שיש לחייב במקרה שהבהמה עלתה לגג באופן שיכלה להזיק את הכלים בקפיצתה ולבסוף נפלה, משום שלמרות שלבסוף ההיזק נעשה באונס, תחילתו הייתה בפשיעה שהבהמה עלתה למקום שיכלה להזיק בקפיצה.
אך מכול מקום יש מציאות בהם יש לפטור בנפילה, והוא במידה והכלים היו צמודים לכותל, כך שע"י קפיצה לא הייתה הבהמה יכולה להזיק, ולכן אף תחילתו באונס.
**התוספות**(ד"ה 'הא נפלו') נתקשו בהבנת המציאות בה יש לחייב במידה והייתה יכולה להזיק בקפיצה ולבסוף הזיקה בנפילה, שהרי אם הזיקה בנפילה משמע שהכלים היו צמודים לכותל וממילא לא יכלה הבהמה להזיק ע"י קפיצה וזהו אונס גמור?
**וביארו תוספות** שמדובר במציאות שהכלים היו לא רחוקים מדי מהכותל אך גם לא צמודים מדי, באופן שיכולים להנזק בין בנפילה ובין בקפיצה.
**עוד הביאו תוספות** מציאות נוספת והיא במידה והיה כלי ארוך שתחילתו צמוד לכותל וסופו מרוחק ממנו.
**השו"ע פסק** שאף במידה ונפלו חייב, הואיל ותחילתן בפשיעה.
**והרמ"א** הביא את כל העולה להלכה מהגמרא מדברי התוספות הנ"ל. (ואף שפתח בלשון 'ויש אומרים' ציין הגר"א (לד) לכך שדבריו הינם גמרא מפורשת עי"ש).

### הכלב והתרנגול שדלגו ממטה למעלה וממעלה למטה

**הגמרא מביאה ברייתא האומרת** שיש לחייב על דלוג של כלב וגדי במידה וקפצו מלמעלה למטה, אבל אם קפצו מלמטה למעלה 'פטורין'.
**רש"י ביאר** (כא: ד"ה 'מלמטה למעלה') שפטורים מנזק שלם הואיל וזוהי פעולה משונה, אך מכול מקום מחויבים בחצי נזק מדין קרן.
**אך הרא"ש כתב** (ב"ק ב, ז) שהכוונה שפטורים לחלוטין, משום שבמקרה זה הבעלים נחשב כאנוס גמור.
**ממשיכה הגמרא ומביאה ברייתא האומרת**(לפי הגרסא שלפנינו) שבין מלמעלה למטה ובין מלמעלה למעלה פטורים, וזאת לכאורה סתירה לברייתא הקודמת.
**ומיישבת הגמרא** שהברייתא השניה עוסקת במקרה שכל חיה שינתה מדרכה- הכלב קפץ והגדי נעץ ציפורניו, ומה שכתבה פטורים הכוונה פטורים מנזק שלם וחייבים חצי נזק כדין קרן.
**לפי גרסא זו עולה** שבמדה ולא שינו מדרכם- יש לחייב נזק שלם על קפיצה מלמעלה למטה.
ולגבי קפיצה מלמטה למעלה: לדעת רש"י חייבים חצי נזק ולדעת הרא"ש פטורים לגמרי.
וכאשר שינו מדרכם: לדעת רש"י לעולם חייבים חצי נזק, ולדעת הרא"ש אם קפצו מלמעלה למטה- חצי נזק, אך אם קפצו מלמטה למעלה פטורים לגמרי.
**אמנם הרי"ף** (ב"ק ט:) **והרמב"ם**(נזקי ממון פרק ב הלכות טו- טז) **גרסו בגמרא באופן שונה**, ובגרסתם הברייתא השניה קבעה שבין מלמעלה למטה ובין מלמעלה למטה חייבים, ועל כך תרצה שמה שכתבה הברייתא הראשונה שפטורים במידה וקפצו מלמטה למעלה זאת דווקא כששינו מדרכם, וגם בזה מבואר שחייבים חצי נזק.
**א"כ, שיטת הרי"ף והרמב"ם מחמירה יותר** וממנה עולה כי כל שלא שינו מדרכם, יש לחייב נזק שלם אף על קפיצה מלמטה למעלה.

**הטור הביא את המחלוקת בין הרא"ש לשאר ראשונים** אם יש לחייב על קפיצה מלמטה למעלה חצי נזק או לפטור לחלוטין.
**ולאחר מכן הביא את המשך הגמ' על פי גרסתנו** ממנה עולה שכל ששינו מדרכם משלמים רק חצי נזק.
**הב"י כתב** שדברי הטור הינם לפי 'הגרסא הנכונה' אך הביא שהרמב"ם והרי"ף גרסו אחרת.
**אך השו"ע** סתם והעתיק את לשון הרמב"ם בלבד.
**והרמ"א** לא השיגו.

**מסר ביתו לשומר והיה שם חרש שוטה וקטן שהזיקו בקפיצתן.**

**בברייתא שהבאנו לעיל מבואר** שעל היזק אדם ותרנגול יש לחייב בין בקפיצה מלמעלה למטה ובין בקפיצה מלמטה למעלה.
**וכתבו תוספות**(ד"ה 'אדם ותרנגול') : 'ואם תאמר ומה חידוש באדם דחייב? ויש לומר דנפקא מינה אם הפקיד ביתו לחבירו לשמור ויש שם חש"ו שיש לו ליזהר שלא ידלגו מלמטה למעלה וישברו כליו'[228].
**השו"ע פסק כדברי תוספות** ששומר חייב לשמור על חש"ו בכל קפיצה שהיא.

לשון השו"ע:
**הכלב והגדי שקפצו מראש הגג מלמעלה למטה ושברו את הכלים, משלמים נזק שלם מפני שמועדים הם לדבר זה.**
**וכן אם נפלו והזיקו, שעלייתן לראש הגג פשיעה; ואף על פי שנפילתן אונס, כל שתחלתו בפשיעה וסופו באונס, חייב.**
הגה: ויש אומרים דאם היו הכלים סמוכים לכותל, שאין ראויין לשבר על ידי קפיצה, ונפלו, פטור, דאונס הוא.
ואם הכלי ארוך וראשו אחד קרוב לכותל וראש השני רחוק בענין שראוי לשבר ע"י קפיצה, ונפלו קרוב לכותל ושברו, חייב, דתחלתו בפשיעה ע"י קפיצה.
ואם הכותל צר, אפי' קרובים לכותל ונפלו, חייב, והוא שקפצו כדרכם;
אבל אם קפץ הכלב ברקידה והגדי נסרך, דהוי שינוי גבייהו, אין משלמין אלא חצי נזק (טור ס"א).
**קפצו מלמטה למעלה, משלמים חצי נזק (והוא) שנתלה הגדי ונסרך, וקפץ הכלב. אבל נסרך הכלב, ודלג הגדי, בין מלמעלה למטה בין מלמטה למעלה, חייבים נזק שלם.**
**וכן תרנגול שדלג בין מלמעלה למטה בין מלמטה למעלה, משלם נזק שלם.**
**והוא הדין מי שמסר ביתו לשומרו והיה בו חש"ו, צריך לשומרם שלא ידלגו מלמעלה למטה ולא מלמטה למעלה:**

[228] ומכאן רצה להוכיח ר"י כפי שהבאנו לעיל בשם הרא"ש שהפטור בכלב וגדי הוא פטור מוחלט משום אונס, ועל כן היה צריך לחדש שבאדם אין לפטור בזה והעיר הגר"א בהגהותיו על הש"ס [א] שלפי גרסת הרי"ף והרמב"ם מוכח לא כן ושגם הפטור הוא רק על חצי נזק וכפי שהבאנו לעיל .

**סימן שצא-**שן באיזה מקום ובאיזה אכילה משלם מה שהזיקה או מה שנהנית.

# סימן שצא

## שן באיזה מקום ובאיזה אכילה משלם מה שהזיקה או מה שנהנו,ובו י״ב סעיפים.

## סעיף א

**הגדרת אב המזיק- 'שן'**

שון השו״ע:

**שן הוא אב, ד'ושלח את בעירה (וביער)'(שמות כב, ד)דכתיב בקרא מוקמינן לה נמי בבהמה שאוכלת פירות חבירו דברים הראויים לה ונהנית באכילתן חייב נזק שלם, בין שאכלתן בין שלא אכלתן אלא שהפסידתן ולא כלתה אותם לגמרי. לפיכך כל הדומה לזה, שמזיק בדבר שהיא נהנית, הוא תולדה דשן; כגון נתחككה בכותל להנאתה והזיקה, או שטנפה פירות וכלים להנאתה, כגון שנתגלגלה עליהם:**

מקור דין זה בגמרא בב״ק ג.

## סעיף ב

**בהמה שאכלה דבר שאינו ראוי לה**

לשון השו״ע:

**במה דברים אמורים:**

**שאכלה דבר הראוי לה. אבל אכלה דבר שאין ראוי לה, כגון כסות וכלים, שינוי הוא ואינו משלם אלא חצי נזק, בין שאכלה אותם בחצר הניזק בין שאכלה אותם ברשות הרבים:**

כן מבואר במשנה בב״ק דף יט:

**וביאר הסמ״ע** (ה) שהחידוש בכך שיש לחייב אף ברשות הרבים, הוא, שהיינו יכולם לחשוב שהמניח בגדים ברה״ר נחשב כמשנה ונחיל בזה את הכלל-'כל המשנה ובא אחר ושינה בו הרי זה פטור' (ב״ק כ:), ובא להשמיענו שאין זה נחשב שינוי כל כך, משום שלפעמים אדם מניח בגדיו ברה״ר שעה אחת 'למיתפח'.

## סעיף ג

**מה נחשב כדבר שדרך הבהמה לאכול**

לשון השו״ע:

**אכלה דבר שאין דרכה לאכול אלא על ידי הדחק, כגון פרה שאכלה שעורים וחמור שאכל כרשינין וכלב שלקק את השמן וחזיר שאכל חתיכת בשר וחתול שאכל תמרים, חשיב שפיר אכילה.**

**אבל בהמה שאכלה בשר או תבשיל, לאו אורחא הוא ומשלם חצי נזק.**

**אכלה פת הוי אורחא, אבל חיה לאו אורחא לא בפת ולא בתבשיל:**

כן מבואר בגמ' בב״ק יט:

## סעיף ד

**בהמה שאכלה את הלחם שבסל ושברה אף את הסל**

לשון השו״ע:

**בהמה שראתה לחם בסל, ושברה הסל ואכלה הלחם, משלם נזק שלם גם על הסל, שכך דרכה לשבר הסל כדי לאכול הלחם.**

**אבל אם אכלה הלחם תחלה ואחר כך שברה הסל, אינו משלם על הסל אלא חצי נזק, דהוי קרן ואינו משתלם אלא מגופו:**

כן מבואר בגמרא בב״ק יט: במעשה של ר' יהודה שחייב על הלחם נזק שלם ועל הסל חצי נזק, וביארה הגמרא שזאת דווקא במציאות שאכלה את הלחם ורק אח״כ שברה את הסל.

## סעיף ה

**שברה חבית כשניסתה לעלות על גבה ולאכול את האוכלים שעליה**

לשון השו״ע:

**ראתה אוכלים ע"פ החבית ונסתבכה בחבית לעלות כדי לאכול האוכלים ושברתו, משלם גם על החבית נזק שלם, שכן דרכם לעלות עליו כדי לאכול האוכלים:**

כן מבואר בגמ' כ. שכך פסק רבא למעשה

## סעיף 1

### חיוב על הזקי חיה שטרפה- כשדרכה בכך וכשאין דרכה בכך

לשון השו"ע:

**חיה שטרפה בהמה ואכלתה, או שאכלה בשר חי, אורחא היא ומשלם נזק שלם. אבל כלב שהמית כבש, וחתול שהמית תרנגולים גדולים ואכלם, משונה הוא ואינו משלם אלא חצי נזק.**

**ודוקא בפחת שפחתה מיתה, אבל דמי הנבלה משלם ברשות הניזק נזק שלם, וברשות הרבים מה שנהנית, שאכילה אינו שינוי, שכן דרכן לאכול נבילות אפי' של בהמות גדולות:**

**מבואר בגמרא בב"ק טו**: שכלב שאכל כבש, או חתול שאכל תרנגול גדול, הרי זה משונה ומשלם בעליהם רק חצי נזק.

**הרא"ש**(ב"ק ב, ג) **הקשה** מדוע המשנה שנתנה דוגמא לאכילה משונה של חיות, לא הביאו דוגמאות אלו, והביא דווקא דוגמאות של אכילת כסות, והרי ישנו חידוש יותר גדול בדוגמאות של חיות שאכלו דבר שמשונה להם, שלמרות שיש להם הנאה בזה אינן משלמות אלא חצי נזק?!

**ותירץ הרא"ש** שהמשנה לא נקטה דוגמאות אלו, משום שבדוגמאות אלו, עדיין יש חלק שעליו משלם נזק שלם, משום שהשינוי הוא רק בכך שהכלב הרג את הכבש, אך באכילתו אין שום שינוי, ולכן רק צריך שלם חצי נזק רק על ההפרש בין בהמה חיה לנבלה, אך על אכילת הנבילה צריך לשלם נזק שלם, וברשות הרבים משלם רק על מה שנהנתה הבהמה שהרי אין לחייב מדין 'שן ורגל'.

**אך כתב הרא"ש** שנראה שרש"י חולק עליו בזה, ולמד כן מפירושו לסוגיא בדף כג. שם קובעת הגמרא ש'סתם דלתות חתורות אצל כלב', וביאר רש"י שאם לא היינו אומרים כן, היה לנו לחייב על היזק הכלב רק חצי נזק משום שינוי, וזאת למרות שעצם האכילה שהייתה שם לא הייתה משונה.

**הרא"ש עצמו ביאר** שהגמרא אמרה כן משום שאם הדלתות לא היו חתורות אצל כלב, היה לנו לפטור את בעל הכלב לחלוטין משום אונס.

**השו"ע פסק כדברי הרא"ש.**

**המהרש"ל**(ים של שלמה ב"ק ב, ט)**וערוך השולחן(ד)פסקו**שעל דמי הנבילה ברשות הרבים משלם רק על מה שנהנית, אף בחצי הראשון של הנזק הואיל ואין זה משונה ואינו חייב מכוח קרן ברה"ר. [ועיין אמרי משה סימן לא שחולק].

## סעיף 2

### האם החיוב בשן הוא כשהאכילה ברשות הניזק, או הלקיחה, או שניהם יחד?

לשון המשנה בדף כא:

הכלב שנטל חררה והלך לגדיש, אכל החררה והדליק הגדיש - על החררה משלם נזק שלם, ועל הגדיש משלם חצי נזק.

ובגמרא כג.-:

על החררה משלם כו':...

דאכלה היכא? אילימא דאכלה בגדיש דעלמא, הא בעינן "וביער בשדה אחר" (שמות כב) וליכא!

לא צריכא, דאכלה בגדיש דבעל חררה.

תפשוט דפי פרהכחצר הניזק דמי, דאי כחצר המזיק דמי, לימא ליה: מאי בעי רפתך בפומא דכלבאי!

**דאיבעיא להו**: פי פרה, כחצר הניזק דמי או כחצר המזיק דמי?

ואי אמרת כחצר המזיק דמי, שן דחייב רחמנא היכי משכחת לה?

**אמר רב מרי בריה דרב כהנא**: כגון שנתחככה בכותל להנאתה, וטנפה פירות להנאתה.

מתקיף לה מר זוטרא: והא בעינא כאשר יבער הגלל עד תומו וליכא!

**סימן שצא-**שן באיזה מקום ובאיזה אכילה משלם מה שהזיקה או מה שנהנית.

רבינא אמר: דשף צלמי,

רב אשי אמר: דפסעי פסועי.

**במשנה מבואר** שבמידה וכלבו של אדם נטל חררה (עוגה) והלך לגדיש ושם אכלה וע"י כך נדלק הגדיש, חייב בעל הכלב נזק שלם על החררה, הואיל וזהו היזק ישן, וחייב חצי נזק על הגדיש(הגמרא בדף כב. דנה שם מדוע חייב חצי נזק אם זה מצד שהאש נחשב כחיצו ולכן זהו היזק של צרורות שחייבים עליו חצי נזק, או שמדובר שהכלב זרק את החררה לגדיש ולכן זה נחשב כהיזק של צרורות, ע"ש).

**הגמרא בדף כג.** מנסה לברר באיזה מציאות דברה המשנה, ומסיקה שמוכרחים לומר שהכלב אכל את החררה בגדיש של בעל החררה, שאם לא כן היה לנו לפטור את בעל הכלב על היזק החררה, משום שלא אכל את החררה ברשות הניזק.

**לאחר מסקנה זו אומרת הגמרא שניתן להוכיח מכאן**שפה הפרה נחשב כרשות הניזק, שהרי אם פה פרה לא היה נחשב כרשות הניזק, לא היה ניתן לחייב את בעל הכלב על החררה שאכל משום שיכל לומר לבעל החררה: 'מה החררה שלך עשתה בפה של כלבי', והביאה הגמ' שרב מרי הסתפק בשאלה זו והציע אפשרות שפי פרה אינו נחשב כחצר הניזק, והגמרא שאלה אם כן כיצד ניתן לחייב על הזקי שן, וביארה שמדובר במקרים שההנאה לא נעשית באכילה על ע"י חיכוך בכותל.

**בפשטות הגמרא** נראה כי הספק הוא, האם בכל מקרה של שן-פה הבהמה נחשב כחצר הניזק או שלא, ואכן כך פירש רש"י.

**אך תוספות וראשונים נוספים** לא הסכימו לקבל שזהו ספק הגמרא, וכפי שהביאו התוס' שהקשה ר"י על ביאור רש"י שלפי דבריו אינו מובן מדוע הגמרא הביא ראיה דווקא מהסוגיא שלנו לכך שפה פרה נחשב כרשות הניזק, והרי כל המשניות שמחייבות על אכילת בהמה מוכיחות זאת?!

**על כן כתבו תוספות**שספק הגמרא בתחילה היה האם יש לחייב על אכילה לחוד ללא לקיחה מרשות הניזק, כגון שאחר [שאינו בר תשלומים כגון חש"ו או עכו"ם] הושיט לפיה ולא יכלה הבהמה לקחת לבד, אך סברה הגמ' שודאי יש לחייב גם על לקיחה לחוד מרשות הניזק על אף שהאכילה נעשתה ברשות הניזק.

**וביארו תוספות** שהגמרא פשטה שפי הכלב נחשב כחצר הניזק מכך שהגמרא אמרה שיש לחייב על היזק שן משום שהבהמה אכלה ברשות הניזק, ומשמע שהאכילה נחשבת כרשות הניזק, וכתבו תוספות שמכאן 'שמע מינה **דבעו לקיחה ואכילה בחצר הניזק** ואע"פ שאין טעם בדבר זה- מה צורך באכילה, אלא דגזירת הכתוב הוא. **וכן כתב הרא"ש**(ב"ק ב, ט)**בקצרה.**

**בהבנת דברי התוספות נחלקו האחרונים** משום שמחד כתבו שיש לחייב על אכילת כלב במידה ואחר נתנו לפיו, ומשמע שאין צורך שהלקיחה תיעשה ע"י הכלב, ומאידך כתבו שמהסוגיא עולה שצריך שהלקיחה והאכילה תעשה בחצר הניזק, משמע שיש צורך בלקיחה בשביל להתחייב, והוצעו בזה כמה אפשרויות:

א. **הב"ח ביאר שתוס' סברו** שלמסקנה אין צורך כלל בלקיחה בכדי להתחייב [ולא התייחס ללשון תוספות שמשמע שצריך גם לקיחה].

ב. **המהרש"ל סבר** שאכן תוס' סוברים שיש צורך גם בלקיחה, אך ברשות הניזק יש לחייב גם כשהכלב עצמו לא לקח משום 'שהיה בלקיחה זו צד חיוב רק דלאו בר תשלומין'[ודבריו צריכים ביאור בהערות של ילקוט ביאורים [מתיבתא] אות מו רצו לבאר שכוונתו שרק ברה"ר יש פשיעה גם לניזק שהשאיר פירותיו ברה"ר, מה שאין כן במקרה שהפירות היה ברה"ישלא פשע, ועדיין צ"ע].

ג. **הדרישה סבר** שתוס' מצריכים שהלקיחה תעשה ברשות הניזק בכדי שהפי הבהמה תחשב כרשות ניזק, אך במידה והלקיחה הייתה ברשות ניזק ניתן להחשיב את פי הבהמה ברשות ניזק אף כשהבהמה לא ביצעה את הלקיחה.

ד. **ר' שמעון שקאפ** (חידושים ב"ק סימן כב)**הבין** שהכנסת האוכל לפי הבהמה ברשות ניזק נחשב כדבר שנעשה ע"י רוח מצויה, ולכן יש להחשיב זאת כאילו הבהמה עצמה היא זו שלקחה [והאריך לפלפל בזה ע"ש].

**לסיכום עולה** שמלבד שיטת הב"ח, רוב האחרונים הבינו בדעת התוס' שבעקרון על מנת להתחייב בחיוב שן, צריך שגם הלקיחה וגם האכילה תיעשה ברשות ניזק.

**על כן רוב האחרונים הנ"ל סברו** שלדעת תוספות אין לחייב במידה והבהמה לקחה מרשות הרבים ואכלה ברשות הניזק, משום שהלקיחה לא נעשתה ברשות ניזק.

**הטור הביא בתחילה את דברי תוס' ולאחר מכן הביא את דבריהרמ"ה** [יש שגרסו רמב"ם]שכתב במפורש כנגד זה, ושיש לחייב גם במידה והנטילה נעשתה ברשות הרבים, היות והאכילה נעשתה ברשות ניזק.

**דינו של הרמ"ה עולה בקנה אחד עם הבנת הראב"ד**[הובא בשטמ"ק] שביאר שספק הגמרא הוא בדיוק במקרה זה שנטלה הבהמה ברשות הרבים ואכלה ברשות הניזק, והסיקה הגמרא שיש לחייב משום שזה נחשב שאכלה ברשות ניזק.

**השו"ע כתב בתחילה**שאין לחייב על היזק שן אלא ברשות הניזק, ולכן אם לקחה הבהמהמחצר הניזק ואכלה במקום אחר, בעל הבהמה פטור.

**ורק לאחר מכן כתב** שיש מחייבים לשלם נזק שלם במקרה שהבהמה לקחה חררה מרשות הרבים ואכלה בחצר הניזק משום שפי פרה נחשב כחצר הניזק.

**ולאחר מכן כתב השו"ע שנ"מ לזה** [שפי הפרה כרשותת הניזק] הואשבמידה ובא אדם אחר והושיט לבהמה את החררה ברשות הניזק כשלא יכלה הבהמה לקחת בעצמה חייב בעל הפרה, אך זאת במידה והמושיט חרש, שוטה וקטן[229] [השו"ע הוסיף מקרה נוסף ונתייחס אליו בפסקא הבאה].

## הושיט אדם 'בר חיובא' את החררה לפי הפרה ולא היה לו ממה לשלם, כמה חיב בעל הפרה?

**הבאנו לעיל שכתבו תוספות** שבמידה והייתה חררה ברשות ניזק שלא יכלה הבהמה לקחת לבד, ובא אחר שאינו בר חיובא והכניס לפי הבהמה, חייב בעל הבהמה.
**הטור בשם הרמ"ה ובעקבותיו השו"ע** כתבו שגם במקרה שהמושיט הינו בר חיוב אלא שאין לו מנין לשלם, משלם בעל הבהמה את כל הנזק.
**הש"ך (א) ניסה לברר** מהי הסיבה שיש לחייב את בעל הבהמה במקרה זה, וכתב שאין זה מן הטעם שהמושיט נחשב כשליח בעל הבהמה, משום שבפועל לא שלחו, ועוד ש'אין שליח לדבר עבירה'.
**והביא שהש"ך שהפלפולא חריפתא**(ב"ק פרק ב סימן ט אות ה)**כתב** שהטעם הוא משום שדינו של ר' נתן שבמקרה שהזיקו שנים, ולא ניתן לחייב את האחד יש לחייב את השני.
**הש"ך הקשה על הבנה זו**, שהרי בסימן תי הובאה מחלוקת האם כלל זה נכון גם במידה והשני הינו 'בר חיוב', אך אין לו ממה לשלם: הרמ"ה אכן סבר שאף במקרה זה יש לחיב את מי שיש לשלם את כל הנזק, אך הטור השיג עליו שם (השו"ע הביא את ב' הדיעות בלשון י"א וי"א, ואת דברי הטור ב'יש אומרים בתרא) וא"כ קשה כיצד הטור סתם כאן כדברי הרמ"ה.
**על כן כתב הש"ך** שצריך לומר שהטעם שיש לחייב את בעל הבור בכול, הוא משום שבמקרה שלנו, המושיט אינו נחשב כלל כמזיק אלא כגזלן של החררה, ובמקרה של גוזל ומאכיל הדין הוא שרצה הניזק גובה מן המזיק, רצה גובה מן הגזלן כמבואר בסימן שסא סעיף ה, ומכול מקום כתב הש"ך שבמידה ויש לגזלן לשלם אין לחייב את בעל הבהמה כלל, משום שהמושיט חייב גם מטעם מזיק, ובעל הבהמה לא הזיק כלל. (ולא זכיתי להבין שאם הוא נחשב כשותף בהיזק, שוב חזרה השאלה שלא ניתן לחייב את בעל הבהמה בהכל ומה מועיל שהוא נחשב גם כגזלן, וצ"ע.)
**הקצות (א) השיג על הש"ך וכתב** שודאי במקרה שבהבמה לא יכלה ליטול מעצמה והושיט לה אחר, יש להחשיבו כמזיק ולא רק כגזלן, ודימה הקצות מקרה זה למקרה שהעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו שחייב מתורת מזיק כמבואר בסימן שצד (סעיף ג').
**אך כתב הקצות** שבאמת תמוה מדוע הוצרכו תוספות להעמיד זאת במציאות שלא יכלה הבהמה ליטול מעצמה, והרי גם שיכלה ליטול מעצמה המושיט חייב מדין 'גזלן', ולפי התפיסה שפי פרה כחצר המזיק היה לבעל הבהמה להפטר שהרי סוף כל סוף ל א נטלה, והמושיט הביא לה.
**וכתב הקצות** שאכן הרא"ש לא העמיד את המקרה של המושיט במציאות שלא יכלה הבהמה ליטול את החררה ללא המושיט, ולפי זה באמת צדקו דברי הש"ך שבמקרה זה המושיט נחשב כגזלן ולא כמזיק, ולכן תמיד יכול הניזק לדרוש את כל הזקו מבעל הבהמה.
**אך מכול מקום כתב הקצות**שהטור השו"ע סברו כתוספות בעניין זה, ולשיטתם צריך לבאר כדברי הפלופלא חריפתא שהחיוב הוא מדינו של ר' נתן שכשלא ניתן להשתלם מהאחד משתלמים מהשני, ואע"פ שהטור והשו"ע לא פסקו כרמ"ה בסימן תי, כאן כתבו כן לפי שיטתו, ונשאר הקצות בצ"ע.
לשון השו"ע:

**אין חייב השן לשלם נזק שלם אלא אם כן אוכלת ברשות הניזק,**
**אבל אם לקחה בחצרו והוציאם משם ואכלה ברשות הרבים או בחצר של אחר, פטור מלשלם יותר ממה שנהנית.**
**ואם לקחה ברשות הרבים והלכה ואכלה ברשות הניזק: יש מחייבים לשלם נזק שלם משום דפי פרה כחצר הניזק דמי, ונ"מ אפילו במקום שאין לחייב על הנטילה, כגון שהיו הפירות מונחים במקום שאי אפשר ליטלם משם ובא ראובן והושיט פירות של שמעון שבחצר שמעון לפי פרת לוי, חייב לוי אם [ראובן] המושיט חרש, שוטה וקטן או שאין לו לשלם, שאם היה אפשר להשתלם ממנו היה הוא חייב ובעל הפרה פטור.**

## סעיף ח

## כמה משלמים על היזק שן ברשות הרבים?

**המשנה בב"ק יט: אומרת** שאם בהמה אכלה ברה"ר, למרות שאינו חייב על נזקי שן אם נהנית משלמת מה שנהנית.

---

[229] ומלשון השו"ע משמע שהבין כב"ח ש2 הנ"מ עולות בקנה אחד, שאם אנו אומרים שפי פרה כרשות הניזק, לעולם יש לחייב על האכילה.

**סימן שצא-**שן באיזה מקום ובאיזה אכילה משלם מה שהזיקה או מה שנהנית.

**ובגמרא בדף כ נחלקו האמוראים כמה הוא 'מה שנהנית':**
**רבה אומר** שהוא דמי עמיר.
**ורבא אומר** שהוא דמי שעורים בזול.

***מהו דמי שעורים ומהו דמי עמיר?***
**רש"י ביאר**שתשלום כ'דמי עמיר' פירושושאם אכלה שעורים כדי שביעתה, בעל הבהמה אינו משלם אלא דמים שהיה צריך לתת בקשין ובתבן להאכילה.
**המגיד משנה הביא פירוש אחר בשם בעלי הלשון** והוא ש'עמיר' פירושו אגודת השבלים.
**הב"י כתב** שאין ראיה מבעלי הלשון, שלשון תורה לחוד (כתב ר' דניאל ווסטברוק: נראה שכוונתו ללשון תנ"ך, ש'עמיר' מופיע רק בעמוס ב) ולשון חכמים לחוד.
**וביאור 'דמי שעורים בזול' ביאר רש"י** שהכוונה שישלם כפי שהיה צריך לתת כדי לקנות שעורים לאכילתה, אבל לא כשער שבשוק אלא שני שלישים מהדמים.
**הרמב"ם בפירוש המשנה ביאר** שמשלם דמי שעורים כפי השער שבשוק, אלא שזאת רק במידה ומה שאכל היה שווה יותר משעורים כגון בוטנים וכדומה.

***כמי נפסק להלכה?-ראשונים***
**הר"ח פסק** כרבה שמשלם דמי עמיר, ונימק הכרעה זו משום שרבה הוא רבו של רבא ולכן הלכה כמותו.
**הרי"ף** הביא את דעת ר"ח אך הביא שיש חולקים וסוברים שהלכה כרבא משום שהוא 'בתרא'.
**הרא"ש** הביא שהראב"ד סבר כחולקים על הר"ח.
**הטור** הבין מכך שזו גם הכרעת הרא"ש.
**והב"י כתב** שאין להוכיח מכאן את עמדתו.
**הכרעת הרמב"ם בענין זה צריכה ביאור:**
**כתב הרמב"ם**(נזקי ממון ג, ב) שמשלם דמי עמיר או דמי שעורים בזול.
**המגיד משנה והטור תמהו עליו** שהביא את 2 הדיעוות כ2 אפשרויות וכאילו זו דיעה אחת ולא הכריע בינהם.
**המגיד משנה הציע** שהרמב"ם הסתפק כמי לפסוק ולכן כתב את שתי הדעות כדי שתהיה יד המזיק על העליונה וישלם את הפחות.
**הב"י כתב**שביאורו של המ"מ תמוה בעיניו.
**הב"י עצמו ביאר** שהרמב"ם סבר שרבה ורבא לא נחלקו, והכול תלוי בעונה:בזמן הקציר הדרך היא להאכיל בהמה עמיר שהוא אגודת שבלים וכפי שביאר המ"מ, ושלא בזמן הקציר הדרך הוא להאכיל אותה שעורים שלא בשבלים.

***כמי נפסק להלכה?-שו"ע-רמ"א***
**הב"י הכריע להלכה** שמשלם דמי עמיר בלבד כפירוש רש"י ונימק זאת שיש להקל על הנתבע בספק ממון.
**הדרכי משה כתב** שנראה לפסוק כרבא כדעת הראב"ד וסייעתו, ש'לא שבקינן' פשיטות האחרונים והטור משום הספק של הרי"ף והרמב"ם.
**השו"ע סתם** שמשלם כאילט הייתה תבן וכפירוש רש"י.
**והרמ"א כתב** שיש אומרים שמשלם דמי שעורים בזול.

## מנין משלם דמי הנאה?

**כתב הקצות (ב)** שנראה שניתן לשלם את דמי ההנאה אפילו מזיבורית, משום שהתשלום אינו שייך לדיני נזיקין המשלמים מן המיטב, וגם לא שייך לתקן שיגבו מבינונית כפי שתקנו חכמים לגבי בעל חוב, שהרי הטעם של נעילת דלת אינו שייך במקרה זה.
לשון השו"ע:

**אכלה בר"ה, משלם כל מה שנהנית, דהיינו כל מה שאכלה אינו משלם אותו אלא כאלו היתה תבן.**
( וי"א דמי שעורים בזול) (טור ס"ג בשם הראב"ד והרא"ש והרא"ה והריטב"א ונ"י).
**ואם אכלה אוכלים הרעים לה, כגון שאכלה חטים, הואיל ולא נהנית, פטור:**

## סעיף ט

## מה נחשב כרשות הרבים לעניין פטור 'שן'?

לשון המשנה בב"ק יט:

כיצד השן מועדת? לאכול את הראוי לה...
במה דברים אמורים - ברשות הניזק, אבל ברשות הרבים - פטור.
ואם נהנית - משלמת מה שנהנית.
כיצד משלמת מה שנהנית?
אכלה מתוך הרחבה - משלמת מה שנהנית.
מצדי הרחבה - משלמת מה שהזיקה.
מפתח החנות - משלמת מה שנהנית.
מתוך החנות - משלמת מה שהזיקה.

ובגמרא בדף כא. נאמר:
כיצד משלמת מה שנהנית וכו':
**אמר רב:** ובמחזרת.
**ושמואל אמר:** אפילו מחזרת נמי פטור.
ולשמואל, היכי משכחת לה דמחייב? כגון דשבקתה לרחבה ואזלה וקמה בצידי רחבה....
**מתיב רב נחמן בר יצחק:** מפתח החנות - משלמת מה שנהנית, היכי משכחת לה? פשיטא במחזרת וקאמר (מר): מה שנהנית, מה שנהנית אין, מה שהזיקה לא!
**הוא מותיב לה, והוא מפרק לה:** דקיימא בקרן זוית....
מבואר במשנה שאף שאין לחייב על היזק שן ברשות הרבים על מה שהזיקה (ומשלמת רק מה שנהנתה), מכול
מקום אם הלכה מצדי הרחבה או מפתח החנות או מתוך החנות, משלמת מה שהזיקה.

***מדוע בצדי הרחבה יש לחייב נזק שלם?***
**נחלקו הראשונים בטעם החילוק בין הרחבה לצדי הרחבה:**
**רש"י על המשנה** (יט: ד"ה 'מצדי') ביאר שהאכילה בצדי רשות הרבים הינה פעולה משונה, ולכן אין זה היזק 'שן' אלא 'קרן' ומשלמת חצי נזק.
**אמנם תוספות** (כא. ד"ה 'ובמחזרת')**הביאו את דברי ר"י שכתב** שהחיוב הוא מדין 'שן' וצידי רשות הרבים נחשבים כרשות הניזק, הואיל ודרך בני אדם להניח פירות בצדי רשות הרבים כנגד פתח בתיהם.
**כלומר,** ר"י מעמיד ש'צדי הרחבה' הכוונה דווקא לצדי הרחבה שכנגד פתח חצירו של הניזק.
**אמנם רבינו פרץ** (ב"ק כא. ד"ה ושמואל)**הביא פירוש בשם רש"י במהדורא בתרא** שאכן החיוב הוא מדין 'שן', אך בניגוד לדברי ר"י משמע שלעולם צידי הרחבה נחשבים כרשות הניזק, הואיל ודרך אנשים להניח שם כליהם, ואין דרך שוורים להלך שם.

***מתי יש לחייב בצדי הרחבה?***
**הגמרא מביאה מחלוקת בין רב לשמואל** האם החיוב בצידי הרחבה, הוא רק במידה והבהמה כולה נמצאת בצידי הרחבה (שמואל) או שמדובר שהבהמה נמצאת ברה"ר, ומוציאה הבהמה ראשה לצדי הרחבה ואוכלת (בתוספות רבינו פרץ מבואר שאף לפי הביאור הראשון ברש"י שהפטור הוא משום קרן, יודה רב שגם בצידי הרחבה יש לפטור, משום שזהו שינוי גדול שתעמוד בצידי הרחבה שהוא מקום גבוה ואין דרכה לעמוד שם, ועיין בשטמ"ק בשם הרא"ש [ד"ה 'עוד קשה לפירוש רש"י'] שנראה שהבין שלדעת שמואל הפטור אינו משום שינוי ולכן הקשה על רש"י שלשיטתו אין קשר בין הפטור של שמואל לפטור של רב, עי"ש).
הב"י כתב שהלכה כשמואל ע"פ הכלל הידוע- 'הלכה כשמואל בדיני' (בכורות מט:)
**הרמב"ם כתב** (נזקי ממון ג, ט): 'בהמה שאכלה מתוך הרחבה בין דרך הליכתה בין שעמדה ואכלה משלם מה שנהנית, ואפילו חזרה על צדי הרחבה ואכלה מהן, אבל אם הניחה את הרחבה והלכה ועמדה בצדי הרחבה ואכלה משלם מה שהזיקה, אכלה מפתח החנות משלם מה שנהנית, מתוך החנות משלם מה שהזיקה[230].

[230] מסתימת לשונו נראה שפסק כר"י שהחיוב הוא נזק שלם מדין שן, אלא שיש להעיר שנראה שהרמב"ם תלה את ההבדל בין מציאות שהניחה את הרחבה למציאות שלא הניחה במציאות בפועל, ולא כר"י שפירש שכל שאין דרך לאכול מתוך רה"ר אלא צריך לעמוד בצד ולאכול נחשב כרשות הניזק, ונ"מ שבמקום שהדרך לאכול מתוך רה"ר ועמדה בצידי רה"ר ואכלה, לר"י יש לפטור שהרי אין זה רשות הניזק ולרמב"ם יש לחייב.
ולכאורה צריך לתת סברא לדברי הרמב"ם כיצד המציאות בפועל מגדירה אם זה רשות הניזק או רה"ר ולכאורה המציאות בפועל יכולה רק להגדיר אם זה שינוי עולה.
וביאר לי ר' דניאל ווסטברוק שמבואר ברמב"ם בפרק א שהפטור בשן ורגל ברה"ר הוא מפני שיש לה רשות להלך בכאן ודרך הבהמה להלך כדרכה, ומבואר שכל שאין דרך הבהמה להלך שם אין פטור מרה"ר והכוונה שבמקום

**סימן שצא-**שן באיזה מקום ובאיזה אכילה משלם מה שהזיקה או מה שנהנית.

**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם.**
לשון השו"ע:
**היו הפירות מונחים בצידי רחבה והיא בתוך הרחבה, והחזירה ראשה לצידי רחבה ואכלה מהן, אינו משלם אלא מה שנהנית, דכיון דגופה ברשות הרבים, הוי ליה שן ברשות הרבים.**
**אבל אם יצאה מרחבה לצידי רחבה ואכלה שם, משלם מה שהזיקה.**
**אכלה מפתח החנות, אינו משלם אלא מה שנהנית. מתוך החנות, משלם מה שהזיקה:**

## סעיף י

**בסעיף הקודם הבאנו את מחלוקת רב ושמואל** אם יש לחייב נזקי שן במידה והבהמה עמדה ברשות הרבים והוציאה ראשה ואכלה מצידי רה"ר: רב מחייב ושמואל פוטר, ונפסקה הלכה כשמואל.
**הגמרא**(כא.-:) **בהמשך מביאה אפשרות** שרב ושמואל כלל לא נחלקו בעניין זה ושניהם מודים שיש לחייב במקרה זה.
**לפי אפשרות זו רב ומשמואל נחלקו במציאות** שהקצה אדם מקום מרשותו לרשות הרבים והניח שם פירותיו ובא בהמה של אדם אחר ואכלו משם.: רב פוטר כדין רשות הרבים ושמואל מחייב.
**כתב הרא"ש** שאין הלכה כלשון זו, ולכן נראה שיש לפטור במקרה זה כדעת רב, וזאת משום שרואים שיש יותר מקום לפטר את המקצה מקום מהמקרה שהיתה ברה"ר ואכלה מצדי רה"ר שהרי לפי אפשרות זו רב חייב בממקרה שהייתה ברה"ר ואכלה מצדי רה"ר ובכל זאת פטר במקרה של מקצה מקום, ועל כן לפי מה שנפסק כשמואל שיש לפטור במקרה שעמדה ברה"ר ואכלה מצידי רה"ר פשוט שיש לפטור במקרה שהקצה מקום.
**אמנם כתב הרא"ש**: 'וראיתי מן הגדולים שפסקו הלכה כשמואל במקצה מקום' והנראה בעיני כתבתי וכן משמע מתוך רב אלפס ז"ל שלא הביא בהלכותיו (ט:) פלוגתא דמקצה מקום עכ"ל
**וכתב הב"י**:'וגם הרמב"ם לא הביא דין זה ויש ללמוד מדבריו כמו שלמד הרא"ש מדברי רב אלפס'.
**השו"ע פסק כדברי הרא"ש** שיש לפטור במידה והקצה מקום מרשותו לרה"ר.
לשון השו"ע:
**הקצה מקום מרשותו לרשות הרבים והניח שם פירותיו ואכלתה שם, חשוב כרשות הרבים.**

## סעיף יא

### בהמה שאכלה מעל גבי חברתה או מקופה המופשלת

**הגמרא בב"ק דף כ. מביאה את דברי אילפא**שאמר שאם בהמה פשטה צווארה ברשות הרבים, ואכלה מעל גבי חברתה-יש לחייב את בעל הבהמה, משום שיש להחשיב את חברתה כחצר הניזק.
**הגמרא רוצה להביא סיועא לדין זה** מברייתא הקובעת שבהמה שפשטה צווארה ואכלה מקופתו של אדם המופשלת לאחוריו יש לחייב את בעל הבהמה, ומשמע שיש להחשיב את קופתו כרשות הניזק, כשם שיש להחשיב את גב הבהמה כרשות הניזק.
**הגמרא דוחה זאת ואומרת** שניתן להעמיד שהברייתא עסקה במציאות בה קפצה הבהמה, וזאת כביאור של רב לדינו של רבי אושעיא שאמר שבהמה שעמדה ואכלה חייבת, וביאר רבא שהכוונה כשקפצה.
נחלקו הראשונים בהבנת דברי ר' אושעיא הנ"ל שיש לחייב במידה שקפצה:
**רש"י ביאר** שבמידה וקפצה החיוב אינו משום שיש להחשיב את קופתו כחצירו של ניזק, אלא משום שהבהמה הזיקה בשינוי, וזהו היזק קרן המחייב אף ברשות הרבים, וכן עולה מדברי תוספות (כא: ד"ה 'דאילפא').
**אמנם ראשונים רבים סברו**(רמב"ן, רשב"א רא"ש רבינו פרץ ועוד) שאין להגדיר את הקפיצה כשינוי כזה ההופכו לאב המזיק 'קרן', והוכיחו כן מהמבואר בדף כ. (הובאה לעיל בסעיף ה) שעז שקפצה לאכול את מה שיש על החבית, אין הזקה מוגדר כשינוי.

---

שהניזק לא פשע בכך שהניח שם (לאפוקי חצר שאינה של שניהם שאין לאף אחד מהם רשות להניח שם) ולא היה אמור להניח שדבריו ינזקו, הרי זה נחשב כרשות הניזק.

**על כן ביארו ראשונים אלה** שהחיוב הוא משום שאכלה מחצר הניזק, וכל מה שהגמרא אמרה היא שאין להוכיח מהברייתא שיש להגדיר את האכילה מגב הבהמה או מהקופה כחצר הניזק בלא שקפצה.

**בקרב ראשונים אלו מצאנו ב' טעמים מדוע הקפיצה הכרחית בשביל להגדיר זאת כחצר הניזק:**

**הרמב"ן כתב** (מלחמות ד' ב"ק ח.) שכל שהבהמה נמצאת ברה"ר, לא ניתן להגדיר את גב הקופה כחצר הניזק, ורק במידה והתנתקה הבהמה מרה"ר ניתן להגדיר זאת כך.

**הרא"ש**(ב"ק ב, ד)**ביאר באופן שונה** והוא, שכל הסיבה להגדיר את הקופה כחצר הניזק היא משום שיכול להניח שם חפציו ולא היה לו לחוש שבהמה תאכלנו משם, וסברא זו נכונה רק במציאות שלא יכלה הבהמה לאכול משם ללא שקפצה.

**הב"י כתב** שלפי הרא"ש יוצא במציאות שיכלה לאכול ללא קפיצה, אך בפועל קפצה,אין לחייב משום שאין זה נחשב רשות הניזק שלא היה לו להניח שם את פירותיו.

**אך למעשה הסיק הב"י** לא כך, וכתב שיש לחייב אף במידה שיכלה לאכול שלא בקפיצה, כל שקפצה חייב, והביא שכך עולה מהנמוק"י שכתב שהסיבה שלא חייבת כל שלא שקפצה, משום שאין זו רשות הניזק גמורה, וביאר הב"י שאף שהבהמה הינה רשות הניזק, אין לחייב כל עוד הבהמה האוכלת נמצאת ברה"ר כשם שאיננו מחייבים את הבהמה העומדת ברה"ר ואוכלת מצידי רה"ר (וכדברי הרמב"ן), ולכן כתב שכל שקפצה יש לחייב, וזאת אף במידה שיכלה לאכול ללא קפיצה ושלא כרא"ש. וכתב שכן מדוייק מהרמב"ם והרי"ף שכתבו שכשקפצה יש לחייב ולא חילקו בזה.(הסמ"ע (יח) ביאר שלפי שיטה זו האכילה צריכה להיות בעוד שהיא מגביהה רגליה הראשונים).

**דינים אלו של אילפא ור' אושעיא הוזכרו גם בגמרא בדף כא:** שם הביאה הגמרא ברייתא בזה הלשון:

אכלה מתוך הרחבה - משלמת מה שנהנית, מצידי הרחבה - משלמת מה שהזיקה דברי ר"מ ורבי יהודה, רבי יוסי ור"א אומרים: אין דרכה לאכול אלא להלך.

**לאחר משא ומתן מבארת הגמרא** שנחלקו התנאים במקרים של אילפא ור' אושעיא:

**תוספות** (ב"ק כא: ד"ה 'דאילפא') **ביארו לפי שיטתם** (ושיטת רש"י) שכוונת הגמרא היא, שיש כאן 2 דינים שונים עם 2 טעמים שונים, אך בשני המקרים חולקים ר' יוסי ור"א וסוברים שיש לחייב, במקרה של אילפא שאכלה מגב בהמת חברת יש לחייב משום שן, ובמקרה של ר' אושעיא שקפצה והזיק יש לחייב מדין קרן[231].

**הרי"ף** (ב"ק ח.-:)**כתב:**'אמר אילפא בהמה ברה"ר ופשטה צוארה ואכלהמעל גבי חברתה חייבת מאי טעמא על גבי חברתה כחצר הניזק דמי והוא דקפצה אבל עמדה לא דהיינו אורחה דאיתמר אמר רבי הושעיא וכו'.

**כלומר**, בדברי הרי"ף עולה שפסק שגם במקרה של פשטה צווארה ואכל מעל גב י חברתה חייב רק במידה והיא קופצת, וכן מבואר שזאת מדין שן.

**הרמב"ן**(שם במלחמות) **הציע בתחילה** שהרי"ף סבר שנחלקו אילפא ור' אושעיא בעניין זה, ובגמרא בדף כא: תלו את מחלוקתם במחלוקת ר"מ ור"י מול ר"א ור' יוסי, ונפסק להלכה כר' אושעיא (ולא ביאר מי מבין התנאים פסק כר' אושעיא).

**עוד הציע הרמב"ן** שהרי"ף סבר שלא נחלקו אילפא ור' אושעיא, ואף דברי אילפא נאמרו רק במידה שקפצה[232].

**הב"י הביא שהמ"מ ביאר ברי"ף**(וברמב"ם) כאפשרות הראשונה שנחלקו אילפא ור' אושעיא.

**והאריך הב"י להשיג עליו** שמלשון הרי"ף עולה שלא נחלקו. (ולכאורה מלשון הרי"ף אכן נראה כב"י, אמנם אחרונים רבים השיגו על השגת הב"י (דרישה ואבן האזל ועוד) וכתב שאף הרמב"ן כתב שנחלקו, ע"ש)

**לפי זה יוצא שלדעת הרי"ף**יש לחייב רק במידה ואכלה מעל גבי בהמה או מקופתו של חבירו וגם קפצה, אך במידה ורק אחד מהתנאים התקיים דינה כרשות הרבים, וכן פסק הרמב"ם (נזקי ממון ג, י).

**אמנם הטור הביא שהרמ"ה אמנם סבר** כשיטת הרי"ף ו'דעימיה' שהחיוב בגב הבהמה וכן בקפיצה הוא חיוב נזק שלם מדין שן ולא כדעת רש"י ותוס', אך בניגוד לדעת הרי"ף סבר כרש"י ותוס' שדברי אילפא ור' אושעיא הינם 2 מימרות נפרדות ושניהם נפסקו להלכה, כלומר יש לחייב על קפיצה ברה"ר אף כשלא אכלה מגב הבהמה, וכן יש לחייב על אכילה מגב הבהמה גם ללא קפיצה (וכן מבואר בחידושי הרשב"א)[233]

**לסיכום עד כה עולה:**

---

[231]**ביאור לדבריהם**: המכנה המשותף בין המקרים הוא, שהיות ואין דרכה של בהמה לילך שם, יש לחייב לדעת ר' יוסי ור"א, (בניגוד לדעת ר"מ ור' יהודה),: במקרה של אילפא שאכלה מגב בהמת חברתה יש לחייב מדין שן שהיות ולא היה דרכה של בהמה לילך שם היה לניזק לשים את הפירות שם ולכן זה נחשב כחצר הניזק, ובמקרה של ר' אושעיא שקפצה הבמה יש לחייב משום שאין דרה לעשות כן וזה שינוי ודינו כקרן שחייב אף ברה"ר).

[232]ולפי זה יוצא ביאור הגמרא בדומה לתוספות שר"א ור' יוסי קיבלו את דינם של אילפא ור' אושעיא ולא שנחלקן ר"מ ור' יהודה עם ר"א ור' יוסי במחלוקת אילפא ור' אושעיא, אלא שבשונה מתוספות כאן הכוונה שדינם דין אחד ממש.

[233]הב"י כתב שדברי הרמ"ה הינם כמאור וכרש"א, וכוונתו לעניין זה שיש לחייב בכל מקרה לגופו אך אינו כמאור ממש שהמאור סבר כרש"י ותוס שהחיוב הוא חצי נזק כדין קרן, עיין בזה ודוק

**סימן שצא-**שן באיזה מקום ובאיזה אכילה משלם מה שהזיקה או מה שנהנית.

א. ישנה מחלוקת בין רש"י ותוס' לשאר ראשונים האם במידה וקפצה יש לחייב חצי נזק או נזק שלם.

ב. ישנה מחלוקת נוספת בין הרא"ש לרמב"ן האם במידה ויכולה לאכול שלא בקפיצה וקפצה חייבת שהרי התנתקה מרה"ר (רמב"ן) או שפטורה משום שלא היה לניזק להניח במקום שיכל להגיע.

ג. ישנה מחלוקת נוספת בין רש"י ותוספות לבין הרי"ף ודעימיה, והוא שלשיטת רש"י ותוס' יוצא שיש לחייב על אכילה מגב הבהמה אף ללא קפיצה, וגם על קפיצה ברה"ר אף ללא אכילה מגב הבהמה.
ולדעת הרי"ף ו'דעימיה'צריך את 2 התנאים יחד : קפצה ואכלה מגב הבהמה.
ודעת הרמ"ה והרשב"א בעניין זה כדעת רש"י שאף שהחיוב הינו נזק שלם, מכול מקום יש לחייב בין במידה וקפצה ברה"ר אף שלא אכלה מגב הבהמה או מקופת חבירו, וכן יש לחייב כשאכלה מקופת חבירו אף כשלא קפצה.

**ובסיכום שיטות:**

- **רש"י ותוס'**- אכלה מגב בהמה ומקופת חבירו- נזק שלם ואף במידה ולא קפצה.
  קפצה ברה"ר- חצי נזק אף במידה ולא אכלה מגב בהמה או מקופת חבירתו.
- **רא"ש**- חייב ברה"ר רק במידה ואכלה מגב חבירתה או קופת חבירו ואינה יכולה לאכול ללא
  קפיצה, וחיובו נזק שלם.
- **רמב"ן**- חייב ברה"ר רק במידה ואכלה מגב חבירתה או קופת חבירו וקפצה, וזאת גם במידה
  ויכלה לאכול שלא בקפיצה, וחיובו נזק שלם.
- **רמ"ה ורשב"א**- חייב ברה"ר במידה וקפצה בלבד וחיובו נזק שלם.
  חייב ברה"ר במידה ואכל מקופת חבירו או גב חברתה ואף במידה ולא קפצה וחיובו נזק שלם.

**השו"ע פסק כשיטת הרי"ף ו'דעימיה'** שבמידה וקפצה ואכלה מקופת חבירו או מגב הבהמה חייב נזק שלם.(כבר הבאנו לעיל שהסמ"ע (יח) ביאר שלפי שיטה זו האכילה צריכה להיות בעוד שהיא מגביהה רגליה הראשונים).
**והרמ"א הביא את שיטת הרא"ש** שיש אומרים שזאת דווקא במידה ולא יכלה לאכול ללא קפיצה.

## סעיף יב

לשון הגמרא בב"ק כ.

**בעי ר' זירא**: מתגלגל, מהו?

היכי דמי?

כגון דקיימא עמיר ברשות היחיד וקא מתגלגל ואתי מרשות היחיד לרה"ר, מאי?

**ת"ש, דתני רבי חייא**: משוי מקצתו בפנים ומקצתו בחוץ: אכלה בפנים - חייבת, אכלה בחוץ – פטורה.

מאי לאו מתגלגל ואתי.

לא, אימא: אכלה על מה שבפנים - חייבת, על מה שבחוץ - פטורה.

**איבעית אימא**: כי קאמר רבי חייא - בפתילה דאספסתא.

**ר' זירא הסתפק** מה הדין במקרה שעמיר התגלגל מרשות הניזק לרה"ר.
**וביאר רש"י** שמדובר כשהבהמה גלגלה את העמיר, והשאלה היא האם הולכים אחר מקום הלקיחה ולכן יש לחייב או אחר מקום האכילה ולפטור.
**וכתב רש"י** שהוא הדין שיש לשאול שאלה זו במקרה ההפוך כשגלגלה מרה"ר לרשות הניזק.
**תוספות**(ד"ה 'מתגלגל') **הקשו על דברי רש"י** מסוגיית 'כלב שנטל החררה' (עיין לעיל סעיף ז) שם עולה שפשוט שאין לחייב על הלקיחה לבד ללא אכילה.
**והביאו תוספות שביאר ר"י**שמדובר כגון שפירות העומדים ברשות הניזק מתגלגלים לרה"ר, ובהמה אכלה אותם קודם שהגיעו לרה"ר. והשאלה היא אם נחשבים כמונחים ברה"ר או לא. וכן הסכים הרשב"א.
**הרמב"ם**(נזקי ממון פרק ג הלכה ד)**ביאר את הספק** במציאות שהבהמה עמדה ברשות ניזק ולקחה מרשות הרבים ואכלה ברשות הניזק (וכתב היד פשוטה שאף שפשט הרמב"ם בהלכה ה שאין לחייב על לקיחה מרשות היזק ללא אכילה, עדיין יש ספק אם יש לחייב על אכילה ברשות ניזק ללא לקיחה, ועיין במה שהבאנו מחלוקת בזה בסעיף ז).

**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם** שיש ספק במידה ולקח מרשות הרבים ואכל ברשות הניזק.
**כתב הסמ"ע (כא)** שלמרות שבסעיף ז הביא השו"ע את דעת הרמ"ה שיש לחייב כשהביאה מרשות הרבים ואכלהברשות ניזק, כאן זה שונה משום שהבהמה עמדה ברשות ניזק והושיטה ראשה לרשות הרבים ויש לומר שזה משונה.
**והרמ"א כתב** שהספק הוא גם במקרה שלקח מרשות ניזק ואכל ברה"ר.
**הסמ"ע (כב) תמה עליו** שזה סותר את המבואר בסעיף ז שבמקרה זה פשוט שאין לחייב אלא מה שנהנית, ונשאר בצ"ע.
**עוד כתב הסמ"ע (כד)** שבמקרה כאן אף הרא"ש מודה שמועילה תפיסה בספק, על אף שסובר שבד"כ לא מועילה תפיסה בספק דין, משום שכאן תפס ברשות כנגד מה שנהנית ולכן מועילה התפיסה אף על השאר, וזאת בניגוד לדעת הרמ"א שהפנה למחלוקת זו.(כתב ר' דניאל ווסטברוק: אבל באמת בר"ש מפורש 'ולא איפשיטא ולקולא' ור"ל שפטור המזיק לגמרי)

## שחת ארוך, מקצתו בפנים ומקצתו בחוץ ומשכה לרשות הניזק ואכלתו

**כפי שהבאנו הגמרא הסתפקה** בדין עמיר שהתגלגל מרה"ר לרה"י, ורצה לפשוט מברייתא שאם אכלה בפנים חייבת.
**בדחיה השניה תירצה הגמרא** שמדובר ב'פתילה דאספסתא' וביאר רש"י: 'משוי של שחת שעליו ארוכין וראשו אחד בפנים וראשו אחד בחוץ דכיון דהאי רישא כי גריר ליה אזיל אידך בתריה כמאן דמנח כולו בחד דוכתא דמי הלכך אזלינן בתר בהמה'.
**וכן פסקו הטורוהרמ"א.**

לשון השו"ע:
**בהמה שהיתה עומדת ברשות הניזק, ותלשה פירות מרשות הרבים ואכלתן ברשות הניזק, הרי הדבר ספק.**
הגה: והוא הדין אם הבהמה עומדת ברשות הרבים ונטלה האוכל מרשות הניזק ואכלה ברשות הרבים, דהוי הדבר ספק.
ודוקא בכי האי גוונא שהמאכל ברשות אחד והבהמה גלגלה המאכל לרשות שני, אבל אם המאכל דבר ארוך, מקצתו מונח בפנים ומקצתו מונח בחוץ, וכשמושכת ראש האחד ראש השני נגרר אחריה, בכל מקום שהיא מתחלת למושכו חשבינן ליה כאלו אכלן שם, בין ברשות היחיד בין ברשות הרבים (טור).
**לפיכך אינה משלמת אלא מה שנהנית. ואם תפס הניזק כמה שהזיקה, אין מוציאין מידו.**
הגה: וכבר נתבאר סי' ש"צ דיש חולקין וסבירא להו דלא מהני תפיסה בספיקא דדינא.

# סימן שצב

## דין כלב שנטל חררה ואכל חררה והדליק הגדיש, ובו סעיף אחד:

## סעיף א

לשון המשנה בדף כא:

הכלב שנטל חררה והלך לגדיש, אכל החררה והדליק הגדיש - על החררה משלם נזק שלם, ועל הגדיש משלם חצי נזק.

**במשנה מבואר** שבמידה וכלבו של אדם נטל חררה (עוגה) והלך לגדיש ושם אכלה, וע"י כך נדלק הגדיש, חייב בעל הכלב נזק שלם על החררה, הואיל וזהו היזק 'שן', וחייב חצי נזק על הגדיש.

**בסימן שצא סעיף ז התבאר חלקה הראשון של משנה זו** שהחיוב על החררה הוא דווקא כשנאכלה בגדיש של בעל החררה, משום שרק באופן זה ההיזק נעשה ב'רשות הניזק' ומתחייב מדין 'שן'.

**בסימן זה נדון על חלקה השני של המשנה- חיובו של בעל הכלב על הגדיש:**

**הגמרא בדף כב. מביאה מחלוקת בין ר' יוחנן לריש לקיש** בהגדרת חיוב אב המזיק 'אש':

**ר' יוחנן סבר** שהחיוב באש נובע מכך שאנו משייכים את פעולת האש לאדם שהדליק אותה, ובעצם זה נחשב שהוא עצמו הזיק, ובלשון הגמרא- 'אשו משום חיציו'.

**לעומתו סבר ריש לקיש** שהחיוב נובע מכך שאנו מחשיבים את האש כממונו של המדליק, ולכן חייב כשם שחייב על שאר ממונו שמזיק, ובלשון הגמרא- 'אשו משום ממונו'.

**הגמרא דף כב. דנה בדין המשנה שלנו לאור מחלוקת זו, וזה לשון הגמרא:**

**תנן:** הכלב שנטל חררה כו'

**בשלמא למ"ד אשו משום חציו,** חציו דכלב הוא.

**אלא למ"ד אשו משום ממונו,** האי אש לאו ממונו דבעל כלב הוא!

**אמר לך ריש לקיש:** הכא במאי עסקינן - דאדייה אדוי, דעל חררה משלם נזק שלם, ועל מקום גחלת משלם חצי נזק, ועל גדיש כולה פטור.

**ורבי יוחנן?** דאנחה אנוחי, על חררה ועל מקום גחלת משלם נ"ש, ועל הגדיש משלם חצי נזק.

**ראשית נבאר את הגמרא לפי פירוש רש"י**(בהמשך נביא את ביאורו של הר"ח שלא הוזכר בב"י ובנושא כלים שיתכן שיבאר את שיטת הרמב"ם)**:**

**הגמרא רואה בדין המשנה שלנו** בענין חיובו של בעל הכלב על האש, **ראיה לשיטת ר' יוחנן** משום שלפי ר' יוחנן האש נחשב ככוחו של האדם, ולכן מובן מדוע יש לחייב גם על כוחו של הכלב כדין 'צרורות' שחייבים עליהם חצי נזק, אך לפי ר"ל הסובר שהחיוב על אש הוא משום שהוא נחשב כממונו של המדליק, הרי במקרה זה האש אינו ממון הכלב, (רש"י- אלא ממונו של בעל החררה).

**הגמרא מיישבת** שלדעת ריש לקיש צריך לומר שהמשנה עוסקת במציאות שהכלב זרק את החררה על הגדיש, והחיוב שחייבה המשנה הוא דוקא על המקום שבו נגעה הגחלת, ובזה חייב משום שזה נעשה מכוחו של הכלב וחיובו חצי נזק כדין צרורות, ואכן על שאר הגדיש אינו חייב לשלם כלום, שהרי אין זה נחשב כממון הכלב.

**הגמרא ממשיכה ומבארת שר' יוחנן יבאראת המשנה** במציאות שהכלב הניח את החררה על הגדיש, ולשיטתו על מקום הגחלת יש לשלם נזק שלם, שהרי הזיקו באופן ישיר, ועל השאר חייב חצי נזק, משום שהחיוב באשו הוא כ'חיציו' וזהו צרורות שחייב רק חצי נזק.

**כתב הב"י**: 'וידוע שהלכה כר' יוחנן' (בהגהות והערות (ב) ציינו ליבמות לו. ולתוספות שם).

**נחלקו הראשונים** מדוע ביארה הגמרא שלדעת ר' יוחנן מדובר כשהכלב הניח את החררה על הגדיש:

**תוספות כתבו** (ד"ה 'ור' יוחנן) שבדווקא ביארו כן, משום שבמידה והיה זורק את הגחלת על הגדיש, לא פשוט שהיה ניתן לחייב על היזק שאר הגדיש, משום שזהו 'כוח- כוחו' שהזריקה הוא כוחו והתפשטות האש הינה כוח כוחו, והסתפק בזה רב אשי בדף יט. האם כוח כוחו ככוחו.

ספיקו של רב אשי נאמר בדעת סומכוס המחייב בנזק ב'צרורות' נזק שלם והסתפק רב אשי אם סומכוס יודה שבכוח כוחו יש לחייב חצי נזק כ'הלכה למשה מסיני' או שלסומכוס אין כלל הלכה זו.

**ומדברי תוספות כאן עולה** שהבינו שספק זה שייך גם לדעת חכמים.

**אך הרא"ש שם כתב** שאדרבה מספיקו של רב אשי מוכח שכוח כוחו ככוחו, והסתפקה הגמ' כן רק בדעת סומכוס, משום שיתכן שסבר שההלכה למשה מסיני חידשה שאינה ככוחו ממש, כשם שחידשה לחכמים כן בענין כוחו של בהמה שאינו כגופו ומשלם רק חצי נזק.

**א"כ לשיטת הרא"ש עולה** שלא ניתן לומר כתוספות שבמידה וזרק הכלב לא היה לחייבו חצי נזק, ואין סיבה לחלק בין זריקה להנחה.

**ואכן הרשב"א כתב**(ב"ק כב. ד"ה 'בשלמא)שלדעת ר' יוחנן יש לחייב חצי נזק על שאר הגדיש אף במידה וזרק הכלב את הגדיש, וביאר שהגמרא רק רצתה לחדד שלדעת ר' יוחנן ניתן להעמיד את דברי המשנה גם במציאות שהניח.

**א"כ לכאורה נחלקו רשב"א ותוספות** להלכה, אם ניתן לחייב על אש החררה במידה והכלב זרק את החרה על הגדיש: לדעת הרשב"א ניתן לחייב מפני שכוח כוחו ככוחו, ולדעת תוס' הדבר נותר בספק אם כוחו כוחו ככוחו (אמנם הב"ח ומהרש"ל(יס של שלמה ב, כא) שסברו שאף תוס' מודים שלדעת חכמים, כוח כוחו נחשב ככוחו והאריכו לבאר שתוספות כתבו כן רק בדעת סומכוס ועיין גר"א (ב) שתמה על דבריהם).

**כעת ניגש לדברי הרמב"ם**:

**הרמב"ם**(נזקי ממון ב, יז) **פסק** שבמידה והניח הכלב את החררה על הגדיש, יש לחייב על מקום החרהנזק שלם ועל שאר הגדיש חצי נזק, אך במידה וגירר את החלה על הגדיש,הוא משלם על מקום הגחלת חצי נזק ועל שאר הגדיש פטור.

**הב"י**(וכן בכסף משנה) **הבין** שהרמב"ם סבר כתוספות שלדעת ר' יוחנן אין לחייב על כוח כוחו, והבין שגרירת החלה נחשבת ככוח כוחו.

[**הלחם משנה הקשה** על דברי הב"י שהרי לפי תוספות דין זה נותר בספק, וכיצד הרמב"ם הכריע בפשיטות שלא חייב לשלם כלל?! ובסמ"ע (ג) נמצא ישוב לזה שכתב שאין זה נקרא ככוח כוחו רגיל אלא גרוע ממנו[234]]

**אמנם הראב"ד הבינבדעת הרמב"ם**שהפטור בגרירההוא משום שזה משונה.

**והשיג עליו הראב"ד** שאף אם נאמר שהוא משונה, מכול פשוט לחייבו לכל הפחות רבע נזק (הגמ' הסתפקה אם יש שינוי לצרורות, והדיעה המקילה מחייבת לכל הפחות חצי נזק).

(סימוכין להבנת הראב"ד ברמב"ם מצינו בפירושו של ר"ח שפירש שכל הסוגיא עוסקת בשינוי, ואף הוא פירש כרמב"ם שאדוי אדויי זו גרירה, ומחוייב חצי נזק מכוח שינוי, וביאר שהסיבה שעל מקום ההנחה יש לחייב נזק שלם זה בגלל שדרך הכלב הוא לחטוף חררה בגחלת דבוקה ולאכול ואין זה שינוי כלל

אך עדיין קשה קושית הראב"ד מדוע סבר הרמב"ם שלדעת ר' יוחנן שזה חיציו, אם יש שינוי פטור לחלוטין).

**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.**

**והרמ"א כתב שיש אומרים** שיש לחייב גם במידה וגרר חצי נזק על הכל.

**הגר"א (ב)**הבין כב"י שהרמב"ם פסק כתוס' שבכוחו כוחו אין לחייב, ובסימן שצ ס"ק יג כתב שהעיקר כדעת הרא"ש.

## כלב ששרף ע"י חררה במידה ובעל החררה לא שמר עליה- מי חייב לשלם וכמה?

**הבאנו לעיל את דברי המשנה** שהכלב שנטל חררה והלך לגדיש, משלם על הגדיש חצי נזק.

**הגמרא בדף כג. שואלת** מי הוא החייב, בעל הכלב או בעל החררה?

**ומשיבה הגמרא** שבעל הכלב הוא זה שחייב.

**הגמרא שואלת על כך**: 'וליחייב נמי בעל גחלת?'

**ומשיבה הגמרא** שמדובר במציאות שבעל הגחלת שמר על גחלתו.

**הגמרא מוסיפה להקשות**א"כ כיצד לקח הכלב את הגחלת.

**ומשיבה הגמרא** שמדובר כשחתר הכלב והוציא את הגחלת, ומכאן למד רב מרי בריה דרב כהנא, שסתם דלתות חתורות הן אצל כלב[235].

**נחלקו הראשונים בהבנת שאלת הגמ' 'וליחייב נמי בעל הגחלת':**

**רש"י ביאר**(ד"ה 'ה"ג וליחייב') ששאלת הגמרא היא מדוע שלא נחייב את בעל הגחלת על מה שלא מחוייב בעל הכלב (לר' יוחנן חצי נזק על שאר הגדיש, ולר"ל כל הנזק על שאר הגדיש).

**אך הרמב"ם**(נזקי ממון ב, יח)**הבין** שהשאלה היא שבמידה ובעל הגחלת חייב, הוא צריך לשאת בנטל של כל החיוב, ובעל הכלב אינו חייב כלום על השריפה, ולכן פסק הרמב"ם שבמידה ובעל הגחלת לא שמר על הגחלת, בעל הגחלת משלם על כל היזק האש, ובעל הכלב משלם רק על החררה ועל מקום הגחלת (משחם שבזה הסיק באופן ישיר).

**הראב"ד השיג על הרמב"ם וכתב** שכוונת הגמרא שבעל האש גם חייב, ולא רק הוא.

**הטור כתב שהרמ"ה כתב כדברי הרמב"ם** שבעל הגחלת משלם לבדו במידה ולא שמר.

**והשיג עליו הטור**שלהלכה אם הניחה על הגדיש משלם כל אחד חצי על מקום החררה, ועל שאר הגדיש משלם בעל הכלב רבע משום שכל חיובו הוא רק חצי, ובעל הגחלת משלם שלושה רבעים.

ואם זרקה על הגדיש גם על מקום החררה משלם בעל הכלב רק רבע(וכהבנת רש"י והראב"ד).

---

[234] **בספר מלך שלם על הרמב"ם לרב שמואל שלם כתב:**'ואחר החיפוש ראיתי הדברים מפורשים בספר לחם אבירים שכתב בדף י"ט ...ונראה לי דיש חילוק בין האי כח כחו דהכא לכח כחו דלעיל דהתם הכח הב' קאזיל מחוזק כחו דמאותו הכלי שנשבר ע"י צרורות התיזו שברים ע"י כח זה ושברו כלי ג' אבל הכא הכח הב' בתר דאדייה אדויי ממקום גחלת ואילך מה שהולך ודולק מאליו לאו מכחו קא אזיל ובזה עלו יפה דברי התוס' דכונתם לומר דאי כח כחו לסומכוס לאו ככחו דמי כההוא כח כחו דהתם בהכרח דלרבנן דהאי כח כחו דהכא לאו ככחו דמי כיון דלא מכחו קאזיל דאי גם בהאי כח כחו ס"ל לרבנן דככחו דמי אתי פלוגתייהו מן הקצה אל הקצה דלסומכוס אפילו אותו כח כחו דקאזיל ממש מכחו לאו ככחו דמי ולרבנן אפילו האי כח כחו דהכא דלאו מכחו קאזיל ס"ל דככחו דמי והבן עכ"ל וכפי זה אתיא שפיר דברי הרב כסף משנה שפסק דהרמב"ם ז"ל כדברי התוס' ודוק וממילא נסתלקו קושיות הרב לח"מ'].

[235] בסימן שצא סעיף ו הבאנו את המחלוקת בין רש"י לרא"ש האם טעם זה מסביר מדוע בעל הכלב לא מתחייב 'קרן משום שזה משונה, או שאם לא היו חתורות, לא היה לנו לחייב את בעל הכלב כלל משום שהוא אנוס.

**השו"ע** העתיק את לשון הרמב"ם, שבעל הגדיש משלם לבדו.
**והרמ"א** כתב בשם יש אומרים את דעת הטור שמתחלקים בתשלום וכפי שפרטנו לעיל.

לשון השו"ע:
**כלב שנטל את החררה והלך לו לגדיש** (של בעל החררה טור):
**אם הניחה בגדיש ואכל את החלה והדליק את הגדיש, על החלה ועל מקום החררה משלם נזק שלם, ועל הגדיש חצי נזק.**
**ואם היה מגרר את החלה על הגדיש והולך ושורף, משלם על החררה נזק שלם, ועל מקום הגחלת חצי נזק, ועל שאר הגדיש פטור.**
(וי"א דמשלם על כל הגדיש חצי נזק) (טור וב"י בשם הרשב"א).
**במה דברים אמורים? כששמר בעל הגחלת את אשו וסגר הדלת ובא הכלב וחתר ונטל את החררה מעל האש; אבל אם לא שמר אשו, בעל האש חייב על שריפת הגדיש, ובעל הכלב חייב על אכילת החררה ועל מקומה** (וכ"כ הטור בשם הרמ"ה).
הגה: ויש אומרים דעל מקום החררה משלם כל אחד החצי, ועל שאר הגדיש בעל הכלב נותן רביע, ובעל הגחלת ג' חלקים. ואם זרקה על הגדיש, אז משלם בעל הכלב רביע אפילו על מקום החררה, ובעל הגחלת שלשה חלקים (טור שם).

# סימן שצג

## הכניס פירותיו לחצר חבירו שלא ברשות והוזק בהן בעל החצר, ובו ד׳ סעיפים:

## סעיף א

### הכניס פירותיו לחצר חבירו ברשות ושאינו ברשות

לשון המשנה בב״ק מז.

הקדר שהכניס קדרותיו לחצר בעל הבית שלא ברשותושברה בהמתו של בעל הבית - פטור,

ואם הוזקה בהן - בעל הקדרות חייב,

ואם הכניס ברשות - בעל החצר חייב.

הכניס פירותיו לחצר בעה"ב שלא ברשות, ואכלתן בהמתו של בעל הבית - פטור,

ואם הוזקה בהן - בעל הפירות חייב,

ואם הכניס ברשות - בעל החצר חייב.

הכניס שורו לחצר בעל הבית שלאברשות, ונגחו שורו של בעל הבית או שנשכו כלבו של בעל הבית – פטור.

נגח הוא שורו של בעל הבית – חייב.

נפל לבורו והבאיש מימיו - חייב; היה אביו או בנו לתוכו - משלם את הכופר.

ואם הכניס ברשות - בעל החצר חייב,

רבי אומר: בכולן אינו חייב עד שיקבל עליו לשמור.

**המשנה עוסקת** במציאויות בהם נכסיו של אדם אחד מצויים בחצרו של אדם אחר, והוזק נכסי האחד על ידי נכסי השני, ויש בזה 4 מקרים אפשריים:

א. הכניס שלא ברשות והוזק על ידי נכסי בעל החצר.

ב. הכניס שלא ברשות והוזק על ידי נכסי בעל החצר.

ג. הכניס ברשות והוזק על ידי נכסי בעל החצר.

ד. הכניס ברשות והזיק את נכסי בעל החצר.

הדינים של מקרים א, ב ו-ד פשוטים (על אף שנביא בהם סייגים) כל שהכניס שלא ברשות חייב על הזקיו (מקרה ב), ואין לחייב את בעל החצר על שנכסיו הזיקו את הנכסים שהחזיק (מקרה א), שהרי לא היה לו רשות להכניס. וכן פשוט שבמידה והכניס ברשות אין לחייבו על כך שנכסיו הזיקו את נכסי חבירו שהרי ברשות הכניס (מקרה ד).

אך במקרה ג ישנו חידוש גדול יותר הנתון במחלוקת התנאים: האם במידה והכניס ברשות, והוזק על ידי נכסי בעל החצר, יש לחייב את בעל החצר, הואיל והוא קיבל על עצמו את שמירתם, או שעל אף שהרשה להכניסם לרשותו, הוא אינו קיבל על עצמו לשמור על נכסים אלו שלא יזוקו:

**חכמים סברו** שכל שנתן רשות הוא קיבל אחריות על הנכסים.

**ור׳ יהודה סבר** שלא קיבל.

[ביאור זה הוא ע״פ הסברו של ר׳ זירא בגמרא שביאר שאף שלדעת חכמים אם קיבל ברשות, חייב בעל החצר בהזיקיו של נכסי המכניס, אין זה אומר שאף המכניס חייב בהזקי מה שהכניס, ושלא כהבנה הראשונה בגמרא שלדעת חכמים כל שהכניסו ברשות, כל אחד חייב באחריות נכסיו].

**בסימן שצח יבואר שנחלקו רמב״ם והרי״ף מול בעלי התוספות:**

**הרי״ף והרמב״ם** סברו שנפסקה הלכה כרבי וכל שלא קיבל בעל החצר על עצמו את שמירת נכסי המכניס, אין לחייבו על היזקם.

**לעומתם סברו בעלי התוספות והרא״ש** שהלכה כחכמים, וכל שהרשה בעל החצר להכניס נכסים אליו, הוא מחוייב במידה והוזקו (ובגמ׳ יש ספק אם זה רק במידה והוזקו על ידו או גם אם הוזקו ע״י אדם אחר).

**השו״ע העתיק את לשון הרמב״ם** שכתב שאם הכניס בעל הפירות ברשות את פירותיו לחצר חבירו, והוזקה בהם פרת חבירו, הוא פטור, ואם קבל עליו בעל הבית לשמור את הפירות, בעל הבית חייב, וזאת לשיטתו שכל שלא קיבל, אינו חייב.

**הרמ״א** על תחילת דברי הרמב״ם שכתב שאם הכניס בעל הפירות ברשות אינו חייב על הזקם, כתב הרמ״א שיש חולקים כמבואר בסימן רצח.

**הסמ״ע (ג) תמה על כך** שהרי על כך אין מחלוקת, והמחלוקת היא רק אם יש לחייב את בעל הבית על הזקי הפירות במידה ולא קיבל עליו אחריות במפורש, וניסה הסמ״ע לבאר כיצד לזה התכוון הרמ״א וכתב שפירושו דחוק.

**הש״ך (ג) כתב** שיש לקרוא את דברי הרמ״א לאחר סוף דברי השו״ע במה שכתב שיש לחייב את בעל הבית רק במידה וקיבל עליו שמירה, ובזה הכל מיושב.

[בסעיף שאף כשהכניס שלא ברשות, לא על כל היזק יש לחייב את המכניס]

## אם הכניס חיטים שלא ברשות בכדי שישתכר בהם בעל החצר

**כתב הטור**(ובעקבותיו הרמ"א)שכל שהכניס אדם לחצר חבירו שלא ברשות יש לחייבו על הזקיו ולפטור את בעל הבית על הזקיו שלו, וזאת גם במידה והמכניס עשה כן בכדי שבעל הבית ישתכר מכך, כגון שהיה בעל הבית טוחן חיטים והכניס אדם חיטין בשביל שיטחן לו.
**הב"י כתב** שהטור למד כן מהגמרא בב"ק דף מז. שהביאה ברייתא שם נאמר:'האשה שנכנסה לטחון חטים אצל בעל הבית שלא ברשות, ואכלתן בהמתו של בעל הבית - פטור, אם הוזקה - חייבת.
**וביארו שם התוספות** (ב"ק מז: ד"ה 'שנכנסה') **והרשב"א** (ב"ק מז: ד"ה 'האשה שנכנסה') שהברייתא סיפרה שהאשה נכנסה לטחון בשביל לחדש לנו דין זה שאף על גב שבעל החצר משתכר מזה, צריך רשות מפורשת.

לשון השו"ע:

**הכניס פירותיו לחצר (בעל הבית) שלא ברשות ואכלתן בהמתו של בעל הבית, פטור.**
ואפילו היה בעל החצר טוחן, והביא זה חטים לטחון שישתכר בהן בעל החצר, אפילו הכי מקרי שלא ברשות (טור ס"א).
**ואם הוחלקה בהם והוזקה, בעל הפירות חייב. ואם הכניס ברשות, פטור.**
(ויש חולקין (טור בסי' צ"א וסימן שצ"ח בשם ר"י והרא"ש), כמו שיתבאר לקמן סוף סימן שצ"ח).
**ואם קבל עליו בעל הבית לשמור את הפירות, בעל הבית חייב.**

## סעיף ב

### הכניס שלא ברשות והוזקה פרת בעל החצר מאכילת הפירות

לשון השו"ע:

**הכניסן שלא ברשות, ואכלתן בהמתו של בעל הבית והוזקה באכילתן, בעל הפירות פטור, מפני שהיה לה שלא תאכל.**

כך ביאר רב בגמרא בבב"ק מז: ומכול מקום מבואר בגמראוזה לשון הגמרא:

הכניס פירותיו לחצר בעל הבית וכו'.

**אמר רב:** לא שנו אלא שהוחלקה בהן, אבל אכלה – פטור.

**מאי טעמא?** הוה לה שלא תאכל

**אמר רב ששת:** אמינא, כי ניים ושכיב רב, אמר להא שמעתא; דתניא: הנותן סם המות לפני בהמת חבירו - פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים; סם המות הוא דלא עבידא דאכלה, אבל פירות דעבידא דאכלה - בדיני אדם נמי מיחייב, ואמאי? הויא לה שלא תאכל!

**אמרי:** הוא הדין אפילו פירות נמי פטור מדיני אדם, והא קמ"ל, דאפי' סם המות נמי דלא עבידא דאכלה - חייב בדיני שמים[236]. ואיבעית אימא: סם המות נמי באפרזתא, דהיינו פירי...."

**בטעם ההיתר כתבו תוספות** (ד"ה 'הוה ליה שלא תוכל'):
'אין לפרש דלכך פטור דחשיב כרוח שאינה מצויה דהא לקמיה אמרינן דברשות חייב גבי היה אוכל חטין והתריז ומת משום דברשות מקבל עליה נטירותא ומה בכך והלא ש"ח פטור ברוח שאינה מצויה כדפי' בריש המניח (לעיל דף כז:).
אלא היינו טעמא כיון שבמתכוין מביא עליו דבר שמזיקו אינו ראוי זה להתחייב בכך.

[236]מבואר במאירי ובמהרש"א ובפנ"י שבמקרה של פירות אינו חייב אף בידי שמים שלא התכוון להזיק (מאירי) ומשום שדווקא בסם המוות אם היא אוכלת היא אבודה לגמרי (מהרש"א ב"ק מז: ד"ה 'באפרזתא", פנ"י ב"ק מז: ד"ה בפרש"י)) אמנם הפנ"ימעלהאפשרות שיש לחייבו גם מדיני אדם, עי"ש ומסימת הפוסקים משמע שאינו חייב אף בידי שמים..

## סעיף ג

### הכניס פירותיו לחצר חבירו ברשות והניחו בעל החצר לבדו

**בסעיף א הבאנו** שפשוט במשנה שכל הכניס בעל הפירות את פירותיו ברשות, אין לחייבו על ההזקים שנוצרו מפירותיו.
**אמנם בגמרא בדף מח.** עולה מציאות בה יש לחייב את המכניס פירותיו ברשות, במידה ובהמת חבירו הוזקה באכילתן, אך זאת דווקא במציאו שהשאירו את בעל הפירות לבדו בחצר, ובמקרה זה היה לו לשמור שבהמת בעל החצר לא תנזק. שם מסופר על אשה שנכנסה ללוש בחצר אחרת ברשות, ועז בעל החצר אכל את הבצק ומת, וחייבה רבה על העז. הגמרא רצה להוכיח מכאן כנגד הדין במובא בסעיף ב שאף בלא ברשות אין לחייב על היזק שבהמה אוכת, וביארה שדווקא כאן חייבת הואיל ונכנסה ברשות, ובאה לעשות פעוהל הדורשת הפשלת שרוולים וע"י כך נסתלקו הבעלים משם שלא לראותה, ולכן היא הייתה חייבת לשמור את הבהמה שלא תנזק.
**לאור גמרא זו פסק הרמב"ם** (נזקי ממון ג, יד) **ובעקבותיו השו"ע** בתחילה שכל שהניח בעל החצר את המכניס, הוא מחויב בשמירת הבהמה, ולאחר מכן הביא את מקרה הגמ'.
**וכתב הסמ"ע (ד)** שבמקרה זה יש חידוש גדול יותר שאף שבעל בחצר לא אמר לה במפורש שהוא הול, היה לה להניח זאת.
לשון השו"ע:

**הכניסן ברשות והניחו בעלי החצר את זה שהרשוהו בחצר לשמרו, ואכלתן בהמתו של בעל הבית והוזקה באכילתן, בעל הפירות חייב, שכיון שראה הבהמה אוכלת דברים המזיקים לה והניחה, חייב, שהרי אין בעלי החצר מצויים שם להעביר הבהמה מהם. ומעשה באשה אחת שנכנסה בבית שכנתה ללוש ולאפות, והניחוה ונתעלמו כדי שלא יביטו בה בעת לישתה ואפייתה, ובא עז של בעל הבית ואכל הבצק ומת, וחייבו חכמים לשלם דמיו; וכן כל כיוצא בזה.**

## סעיף ד

### שומר גרנות שהניוח אצלו תבואה ברשות- אם קיבל שמירה, ומה הדין שלא ברשות, אך הוא מרוויח מזה?

### שומר גרנות שהניוח אצלו תבואה ברשות- אם קיבל שמירה

לשון השו"ע:

**המגדיש בתוך שדה חבירו שלא ברשות, ואכלתם בהמתו של בעל השדה, פטור.**
**ואם הוחלקה בהם והוזקה, בעל הפירות חייב.**
**אכלתן והוזקה באכילתן, פטור.**
**ואם הגדיש ברשות בעל השדה, חייב אף על פי שלא קבל עליו לשמור, שהשומר בגרנות כיון שא"ל: הגדש בכאן, כמי שאמר לו: הגדש ואני אשמור לך, הוא חשוב.**

**כן מבואר בגמ' בב"ק נט:** שבמקרה של גדיש אף רבי (שכמותו פסקו הרי"ף הרמב"ם והשו"ע כמבואר לעיל) יודה שכל שנתן רשות להכניס גדישו, קיבל עליו גם אחריות על הגדיש.
**אמנם הגמרא מעמידה זאת** במקרה שמגדיש אצל שומר גרנות.
**וכן עולה מסוף דברי הרמב"ם**(נזקי ממון ג, טו) **והשו"ע שכתבו:** 'והשומר בגרנות כיון שא"ל וכו', אך בתחילה סתמו וכתבו 'ואם הגדיש ברשות בעל השדה' ולא פירשו שזה דווקא בשומר גרנות.
**הסמ"ע (ז) עמד על עניין זה וכתב** שצריך לומר שהרמב"ם והשו"ע עסקו במקרה שבעל החצר הוא עצמו השומר שיתכן שכך היה הנוהג שבעל החצר הוא השומר, ולכן לא הוצרכו לכתוב כן בתחילה.

### הניח פירות אצל שומר גרנות שלא ברשות

**בסעיף א מבואר שבעלי התוספות והרא"ש פסקו כחכמים** שאף במידה ולא קיבל הבית שמירה, הוא חייב כל שנתן רשות, וא"כ לשיטתם אין לכאורה שום חידוש בדין זה.
**אמנם הרא"ש** (ב"ק ו, י)**כתב** שאפשר שניתן ללמוד מכאן חידוש אף לדעת חכמים והוא, שבמקרה שנותן לשומר הגדיש, אף אם עשה כן שלא ברשות, הרי זה כברשות, ואם אכלה בהמתו של בעל החצר, חייב על החצר.
**הב"י תמה על כך שהטור לא כתב חידוש זה של אביו.**

**הד"מ (א) כתב** שאין מה לתמוה הואיל והר"ש כתב חידוש זה בלשון 'אפשר', וא"כ לעולם זהו ספק בדין, ולדעת הרא"ש לא מועילה תפיסה בפסק דין, ולכן אין נ"מ בדין זה שלא ניתן לחייב את בעל החצר.
**הסמ"ע (ז) תירץ באופן אחר וכתב** שכל חידושו של הרא"ש נכון דווקא במקרה שבעל הבית הוא עצמו השומר, וכך הבין הרא"ש את הגמרא, אך הטור הבין שמדובר בשומר של בעל הבית, ובזה לא שייך חידושו של הרא"ש.
**אך מכול מקום הודה הסמ"ע שאין זה מתרץ את הקושיא,** שעדיין היה לו להביא את חידושו של הרא"ש במציאות שבעל הבית הוא השומר, וכתב הסמ"ע שבפרישה כתב תירוץ אחר שמיישב זאת.

# סימן שצד

## בהמה שנפלה לגנה והזיקה, וכיצד משערין ההיזק, ובו ו' סעיפים:

## סעיף א

### בהמה שנפלה לגינה והזיקה

לשון המשנה בב"ק נה:

נפלה לגינה ונהנית - משלמת מה שנהנית, ירדה כדרכה והזיקה - משלמת מה שהזיקה...

ובגמרא ב"ק נח. נאמר:

נפלה לגינה ונהנית - משלמת מה שנהנית.

**אמר רב;** בנחבטה....

לא מבעיא קאמר, לא מבעיא אכלה דמשלמת מה שנהנית, אבל נחבטה - אימא מבריח ארי מנכסי חבירו הוא, ומה שנהנית נמי לא משלם, קמ"ל.

ואימא ה"נ!

מבריח ארי מנכסי חבירו מדעתו הוא, האי לאו מדעתו.

אי נמי, מבריח ארי מנכסי חבירו לית ליה פסידא, האי אית ליה פסידא.

**במשנה מבואר** שבמידה ובהמה נפלה לגינה של אחר והזיקה, אינה משלמת אלא מה שנהנית, כלומר שבעל הבהמה אינו מחוייב על ההיזק אלא משלם רק על מה שהרויח מהנאת בהמתו, וזאת משום שהיה אנוס על ההיזק.

**בגמרא מבאר רב** שמדובר בהנאה של ריכוך חבטה, ומסיקה הגמרא שאין בכוונת רב לומר שאינה צריכה לשלם על הנאת האכילה, אלא שגם על הנאת ריכוך החבטה צריך לשלם, ובעל הבהמה אינו יכול לטעון שחבירו רק הצילו מהפסד ואין משלמים על הצלת הפסד כדין המבריח ארי מנכסי חבירו שאין משלמים על כך.

**הגמרא מביאה 2 טעמים מדוע חייב לשלם כאן גם על הצלת היזק:**

1. משום שכאן נכפה על המציל להציל, ולא עשה כן מדעתו.
2. משום שכאן המציל הפסיד מן ההצלה, ולכן מוכרח הניצל לשלם על ההצלה.

**תוספות**(ב"ק נח. ד"ה 'א"נ מבריח) **הבינו** שבכדי להתחייב לשלם צריך את 2 הטעמים יחד שיהיה למציל הפסד וכן שעשה שלא מדעתו, ונאלצו לבאר כן בשביל להסביר מדוע האדם אינו מחוייב לשלם לפורע חובו על אף שיש לו הפסד, ועל כרחך שכל שעשה מדעתו אין חייב לשלם לו, וא"כ צריך לומר שבשביל להתחייב צריך שיהיה שלא מדעתו ושיהיה הפסד.

**אך תוספות נאלצו לסייג זאת** משום שמבואר בב"מ צג: שאם שומר חינם הציל במקלות צריך לשלם לו, וכן מבואר בב"ק קטו: שמחוייב לשלם למציל חמורו וזאת על אף שעשה כן מדעתו, ולכן תירצו שכל שיש הפסד ודאי מחוייב לשלם אף שעשה כן מדעתו, וכל הסוגיות העוסקות בהברחת ארי מדברות על מניעת צער בלבד, שיתכן שיוכל הארי אך לא בטוח וכו'.

**לפי זה נאלצו התוספות לבאר** שדברי רב נאמרו במציאות שהחבטה רק מנעה צער: 'שאין בעל הבהמה רוצה שתחבט בהמתו בארץ ותצטער אף על פי שלא היו דמיה נפחתין בכך', ולכן היה לנו לפטור את בעל הבהמה מלשלם, אך מכול מקום אנו מחייבים אותו, היות והמציל עשה כן שלא מדעתו והפסיד בכך.

**אמנם הרמב"ם כתב**(נזקי ממון ג, יא): 'ומה הנייה יש לה בחביטה שהרי מצאה מקום רך ולא נתרסקו איבריה'. **וכן העתיק השו"ע.**

**הש"ך (א) כתב** שמשמע שהרמב"ם והשו"ע חולקים על תוספות והחיוב הוא דווקא במקרה שהחבטה הצילה את הבהמה מריסוק אבריה, אך אם רק מנעה צער מבהמה אינו מחוייב לשלם (ואין כאן המקום להרחיב בשיטת הרמב"ם בדין 'המציל ארי').

**ומכול מקום כתב הש"ך** שאם יש ספק אם החבטה הייתה גורמת לריסוק אברים, צריך לשלם כמה שהיה משלם בכדי להציל בהמתו מספק זה.

### הלכה מערוגה לערוגה

לשון הגמרא בב"ק נח.

**אמר רב כהנא;** לא שנו אלא באותה ערוגה, אבל מערוגה לערוגה - משלמת מה שהזיקה.

**ורבי יוחנן אמר;** אפי' מערוגה לערוגה, ואפילו כל היום כולו, עד שתצא ותחזור לדעת...

**להלכה נפסק כר' יוחנן** שיש לפטור אף במידה שהלכה מערוגה לערוגה.

## ירדה כדרכה והזיקה במי לידה

לשון הגמרא בב"ק נח.- :

**בעי רבי ירמיה:** ירדה כדרכה והזיקה במי לידה

מהו? אליבא דמאן דאמר תחלתו בפשיעה וסופו באונס חייב לא תיבעי לך.

כי תיבעי לך - אליבא דמאן דאמר תחלתו בפשיעה וסופו באונס פטור,

מאי? מי אמרינן: כיון דתחלתו בפשיעה וסופו באונס - פטור, או דלמא הכא כולה בפשיעה הוא, דכיון דקא חזי דקריבה לה למילד, איבעי ליה לנטורהולאסטמורי בגוה?

**תיקו.**

**להלכה נפסק** שיש לחייב על 'תחילתו בפשיעה וסופו באונס', וא"כ פשוט שיש לחייב במקרה זה, **וכן פסק השו"ע.**

## מהי הגדרת נפילה באונס?

**הגמרא בדף נח. מביאה מחלוקת אמוראים** בהגדרת נפילה באונס הפוטרת מתשלומי ההיזק.
**רב כהנא סבר** שנפילה באונס זה דווקא כשהוחלקה במי רגליה, אך במידה שדחפתה חבירה אין זה מוגדר כאונס אלא כפשיעה ומשלם על מה שהזיקה, משום שהיה לו להעביר את בהמותיו אחת אחת.
**אמנם רבא סבר** שאף נפילה מחמת דחיפה של חברותיה מוגדרת כאונס.
נחלקו הראשונים כיצד לפסוק במחלוקת זו :
**הרא"ש פסק כרבא,** והוכיח כן מהגמרא בב"ק צג : שם מבואר ששומר חינם אינו מוגדר כפושע במידה ולא העבירם אחת אחת.
**אמנם הרי"ף והרמב"ם** פסקו כרב כהנא, שאם נפלה מחמת דחיפת חברותיה- משלמת נזק שלם.
**וביאר הרמב"ן** שהרי"ף (והרמב"ם) יבארו שאין להוכיח משומר חינם שאין זו פשיעה, משום ששומר חינם מחויב לשמור כדרך בעלים, והבעלים אינם מקפידים בזה, אך מכול מקום זו פשיעה.
**השו"ע פסק** כדעת הרי"ף והרמב"ם.
**והרמ"א הביא בלשון יש אומרים** את דעת הרא"ש.

## יכלה לרדת כדרכה ונפלה

**נחלקו הראשונים** מה הדין במציאות שיכלה הבהמה לרדת כדרכה לשדה חבירו ולבסוף נפלה :
**הרא"ש ותוספות כתבו** שבמקרה זה חייבת משום שתחילתה בפשיעה, וביארו שאף שנאמר במשנה : 'אם ירדה כדרכה משלמת מה שהזיקה', אינו בדווקא והוא הדין במקרה שיכלה לרדת כדרכה ולבסוף נפלה.
**הראב"ד**(הביאו הרשב"א ב"ק נח. ד"ה 'הא דאמרינן')**סבר** שכל שנפלה פטורה, ואין זה מוגדר כתחילה באונס, משום שיש רשות לבהמות להלך ברשות הרבים.
**הרמ"א הביא את ב' הדיעות**(סתם כתוס' והביא את דעת הראב"ד בלשון 'ויש מי שחולק).

לשון השו"ע :

**בהמה שהוחלקה באבן או במימי רגלים, ונפלה לגנה ונחבטה על גבי פירות וירקות, או שאכלה, משלם מה שנהנית, אפילו הלכה מערוגה לערוגה, ואפילו נשארה שם כל היום כולו, אינו משלם אלא מה שנהנית.**
**ומה הנאה יש לה בחבטה, שהרי מצאה מקום רך ולא נתרסקו איבריה.**
**אבל אם ירדה כדרכה ואכלה, משלם מה שהזיקה. ואפי' טנפה פירות במי לידה, משלם מה שהזיקה, מפני שתחלתו בפשיעה.**
**וכן אם דחפה חבירתה ונפלה, משלם מה שהזיקה, מפני שהיה לו להעבירם אחת אחת כדי שלא ידחפו זו את זו** (וכן דעת הרי"ף).

הגה : וי"א דאם דחפה חבירתה לא מקרי פשיעה, אלא הוי אונס ופטור. (טור בשם ר"י והרמ"ה והרא"ש).
אם העבירה אצל גינת חבירו והיה אפשר לה לירד וליכנס לגינה, אפילו נפלה באונס חייב, דהוי תחלתו בפשיעה וסופו באונס (טור ס"א ותוספות והרא"ש).
ויש מי שחולק בזה (ב"י בשם הרשב"א בשם הראב"ד).

## סעיף ב

**בהמה שנפלה לגינת חבירו ויצאה- כיצד צריך לשמור עליה שלא תזיק שוב**

לשון הגמרא ב"ק נח.

**אמר רב כהנא:** לא שנו אלא באותה ערוגה, אבל מערוגה לערוגה - משלמת מה שהזיקה.

**ורבי יוחנן אמר:** אפילו מערוגה לערוגה, ואפילו כל היום כולו, עד שתצא ותחזור לדעת.

**א"ר פפא:** לא תימא עד שתצא לדעת ותחזור לדעת, אלא כיון שיצתה לדעת אע"פ שחזרה שלא לדעת.

**מ"ט?** דא"ל: כיון דילפא, כל אימת דמשתמטא להתם רהטא."

**כבר הבאנו לעיל את מחלוקת רב כהנא ור' יוחנן** האם כשנפלה הבהמה משלמת מה שנהנית רק על הערוגה הראשונה, אבל על השאר כל מה שהזיקה או שאף על שאר הערוגות אינה חייבת אלא כפי שנהנית ושנפסק שחייבת עד כל הערוגות וכר' יוחנן.

**ר' יוחנן סיים דבריו וכתב** שאינה חייבת על כל הערוגות כפי שהזיקה: 'עד שתצא ותחזור לדעת'

**וביאר רב פפא** שאף במידה ויצאה מדעת, וחזרה שלא מדעת (בעליה) חייב בעל הבהמה, משום שהיה לו להניח שתחזור לשם, הואיל וכבר הורגלה במקום זה.

**רש"י והרא"ש ביארו** שהחידוש בדברי רב פפא, הוא, שלעניין שמירה מאותו החצר לא די בשמירה רגילה של דלת העומדת בפניר רוח מצויה, אלא צריך שמירה מעולה של דלת העומדת גם בפני רוח שאינה מצויה.

**אמנם הרשב"א** (ב"ק נח. ד"ה 'דכל') **הביא שהראב"ד סבר** שבמידה ונעל כראוי אין לחייבו, ורב פפא חידש שבבהמה זו אם העבירה ליד החצר ונפלה או שנעל שלא כראוי ונפלה יש לחייב, משום שעושה 'כל טצדקי' ליפול שם, ולכן לא יפטר עד שיאחז בכוח וינעל כראוי. (לא הבנתי מה החידוש במידה ונעל שלא כראוי שהרי בלאו הכי יש לחייב, וצ"ע).

**הרמב"ם כתב**(נזקי ממון ג, יב): 'והחלקה ונפלה ויצאת וחזרה לגנה אף על פי שחזרה שלא לדעת הבעלים משלם מה שהזיקה מפני שהיה לו לשמרה שלא תחזור שהדבר ידוע שכיון שידעה דרך הגנה הרי היא חוזרת מאליה'.

**הראב"ד בהשגותיו** הבין שהרמב"ם מחייב רק במידה ולא שמר כראוי והשיג עליו וכתב: 'א"א האי פירושא לא נהיר אלא הכי פירושו שאפילו נעל בפניה כראוי ויצתה ולא ידע היכן הלכה חייב איבעי ליה למידע דהתם אזלא'.

**המגיד משנה כתב** שהראב"ד סותר את דבריו בחידושים, שהרי בחידושים סבר שאם נעל כראוי אין לחייב את בעל הבהמה, וגם כתב שפשוט דברי הרמב"ם נכונים 'כי מן הדעת הם מוכרעים דודאי אף על פי שהיתה שם פעם אחת אינו צריך לעולם לאוחזה או לסוגרה בדלת שיכולה לעמוד בפני כל רוח'[237].

**בב"י ובכסף משנה כתב** שאינו רואה הכרע ברמב"סלכך שסובר שלא כראב"ד.

**וכתב הב"י**: 'ולענין הלכה כיון דאפוקי ממונא הוא נקטינן לקולא לנתבע וכדברי הרשב"א והרב המגיד והראב"ד בפירושיו'.

**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.**

**הרמ"א** הוסיף ע"פ פירוש רש"י ו'דעימיה' שאם שמרה בשמירה מעולה הוא פטור.

**הסמ"ע (ו) והש"ך (ב) הבינו** שאף הרמב"ם מודה לרש"י שצריך שמירה מעולה (וכפי שכתב הב"י שאין בלשון הרמב"ם הכרח לכך שהוא חולק).

לשון השו"ע:

**הוחלקה ונפלה ויצאה** (והוא ידע) (טור ס"ב), **וחזרה לגינה, אע"פ שחזרה שלא לדעת הבעלים, משלם מה שהזיקה, מפני שהיה לו לשומרה שלא תחזור, שהדבר ידוע שכיון שידעה דרך הגינה הרי היא חוזרת מאליה.**

הגה: מיהו אם שמרה בשמירה מעולה ויצאה והזיקה, פטור (טור):

---

[237] אך לא פירש המגיד משנה א"כ מהו החידוש בדעת הרמב"ם שהרי פשוט שאם לא שמרה כראוי שהוא חייב.
וכתב באבן האזל: 'אבל עוד לא ביאר לנו המ"מ לדעת הרמב"ם איזה חדוש דין יש כאן ומה השמיענו רב פפא בהא ...ואם גם שמירה פחותה לא עשה א"כ פשיטא ולמה לי' טעמא, וראיתי להשלטי הגבורים שהביא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד וכ' בשיטת הרמב"ם דאם החזירה דרך שם צריך לאחזה שלא תפיל עצמה שם, וכ' שכן כ' המ"מ בשם הרשב"א, אבל אין הדברים מכוונים כלל להעמיס זה בכונת הרמב"ם והמ"מ לא כתב זה כלל בתורת פירוש על דברי הרמב"ם, רק שכיון שהביא ד' הראב"ד בפירושיו דאינו חייב אם שמר שמירה פחותה לכן הביא גם התירוץ שכ' הראב"ד בפירושיו
וביאר האבן האזל שהרמב"ם סבר שרב פפא רק רצה להשמיענו שלא נחשוב שהואיל והליכתה מתחילה הייתה מכוח האונס ולכן פטור על אכילתה, הוא הדין שגם אם תשוב לשם שוב, יהיה הבעלים פטור משום שחזרה נובעת מנפילתה הראשונה שנעשתה באונס (נראה דחוק משום שיוצא לדבריו שהמשפט של רב פפא: ' כיון דילפא, כל אימת דמשתמטא להתם רהטא, הוא סיבה לפטור ולא כדמשמע בגמרא שזו סיבה לפטור).

## סעיף ג

לשון השו"ע:

**המעמיד בהמת חבירו על גבי קמת חבירו, המעמיד חייב לשלם מה שהזיקה. וכן אם הכישה** (פי' הכה אותה) **עד שהלכה לקמת חבירו והזיקה, זה שהכישה חייב.**

הגה: ואפילו הפירות ברשות הרבים, דהוי כמזיק בידים (המ"מ פ"ד מנזקי ממון וב"י בשם רשב"א). ודוקא הכישה וכיוצא בזה, אבל קם לה באפה עד שהלכה שם, פטור, דהוי גרמא בנזקין (המגיד שם ודלא כדעת הראב"ד):

לשון הגמרא בב"ק נו:

**כי הא דאמר רבה אמר רב מתנה אמר רב:** המעמיד בהמת חברו על קמת חבירו – חייב.

מעמיד פשיטא!

לא צריכא, דקם לה באפה.

אמר ליה אביי לרב יוסף: הכישה אמרת לן...

**הגמרא מביאה את דינו של רב** שהמעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו חייב.

**ונתקשתה הגמרא** מה החידוש בזה, והרי במצב זה הוא ממש מזיקו בידים.

**והביאה הגמ' 2 אפשרויות להבנת חידושו של רב:**

א. 'קם לה באפה'- כלומר, שחסם את דרכה של הבהמה ולא הותיר לה אלא לילך לקמת חבירו.

ב. הכישה במקל עד שהלכה לקמת חבירו.

**נחלקו הראשונים** האם הביאור השני של הכישה במקל הוא בא לסתור את הביאור הראשון ולומר שבמידה ורק חסם דרכה, אין לחייבו (מגיד משנה נזקי ממון ד, ג והביא שכן כתב הראב"ד בחידושיו).

או שאדרבה הביאור השני בא לחדש שאפילו כשלא חסם לה את הדרך אלא רק הכווינה לאותו קמה חייב, וכל שכן שחסם את הדרך (ראב"ד בהשגות).

**השו"ע** סתם כלשון הרמב"ם שהביא את החיוב במקרה שהכישה ולא ביאר מה דעתו כשחסם.

**והרמ"א** הכריע שאינו חייב כשחסם כדעת המגיד משנה ושלא כראב"ד.

### מדוע חייב המעמיד בהמה על קמת חבירו– שן או מזיק והנ"מ

**התוספות**(ב"ק נו: ד"ה 'המעמיד)**כתבו** שהחיוב במעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו הוא מדין 'שן', ולכן אין לחייב על כך ברשות הרבים, וכתב שאין לומר שחיובו משום 'אש' , משום שכל שתלוי בדעתה אין לחייב שיתכן שלא תוכל, והראיה שלא מצינו לחייב על נזקי שן ברשות הרבים אף במציאויות אלו שהעמיד על קמת חבירו

**אמנם הרשב"א**(ב"ק נו: ד"ה 'המעמיד')**כתב** שחיובו מדין 'מזיק' באדם, ולכן חייב אף ברשות הרבים.

המגיד משנה שדעת הרשב"א עיקר, וכן הסכים עמו הב"י וכתב שאין ראיה מכך שלא הוזכר שיש לחייב ברשות הרבים במצב כזה.

**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.**

**והרמ"א פסק** כדברי הרשב"א שיש לחייב אף ברשות הרבים.

לשון השו"ע:

**המעמיד בהמת חבירו על גבי קמת חבירו, המעמיד חייב לשלם מה שהזיקה. וכן אם הכישה** (פי' הכה אותה) **עד שהלכה לקמת חבירו והזיקה, זה שהכישה חייב.**

הגה: ואפילו הפירות ברשות הרבים, דהוי כמזיק בידים (המ"מ פ"ד מנזקי ממון וב"י בשם רשב"א). ודוקא הכישה וכיוצא בזה, אבל קם לה באפה עד שהלכה שם, פטור, דהוי גרמא בנזקין (המגיד שם ודלא כדעת הראב"ד).

## סעיף ד

### כיצד משערים את היזק אכילת הפירות המחוברים שאכלה הבהמה?

לשון המשנה בב"ק נה:

כיצד משלמת מה שהזיקה?

שמין בית סאה באותה שדה כמה היתה יפה וכמה היא יפה.

ר' שמעון אומר: אכלה פירות גמורים משלמת פירות גמורים, אם סאה - סאה, אם סאתים - סאתים.
ובגמרא בדף נח: נאמר
כיצד משלמת מה שהזיקה וכו'.
מנה"מ?
**אמר רב מתנה**, דאמר קרא: ובער בשדה אחר (שמות כב), מלמד, ששמין על גב שדה אחר...
היכי שיימינן?
**א"ר יוסי בר חנינא**: סאה בששים סאין;
**ר' ינאי אמר**: תרקב בששים תרקבים.
**חזקיה אמר**: קלח בששים קלחים.
**מיתיבי**: אכלה קב או קביים, אין אומרים תשלם דמיהן, אלא רואין אותה כאילו היא ערוגה קטנה ומשערים אותה; מאי לאו בפני עצמה! לא, בששים. ...
**להלכה פסקו הרא"ש והרמב"ם** כחזקיה שמשלמים כל חלק שאכלה ביחס לשישים חלקים כאלו, וכן פסק השו"ע.

## האם יש לנכות מההפסד את ריוח מניעת הכחשת השדה מחמת הפירות?

**הגמרא בדף נט.** מציגה מחלוקת תנאים בדבר חישוב היזק הפירות.
**דעת ר' שמעון בן יהודה, היא,** שכאשר מחשבים את היזק הפירות שעשתה הבהמה, יש לנכות מכך את הריוח שהגיע לבעל השדה מכך שלא הוכחשה שדהו ע"י אותם פירות שהזיקה במידה והיו נותרים בשדה.
**ואילו ר' יהושע סבר** שאין להתחשב בזה, ומשלם בעל הבהמה את כל ההיזק של הפירות לפי החישוב שהובא לעיל.
**הגמרא מחברת** (לכאורה)**מחלוקת זו למחלוקת ר' שמעון בן יהודה וחכמים** האם בתשלומי אונס יש לשלם גם על הצער שבבעילה, או שאין לשלם על כך משם שאף בעלה היה מצערה בכך.
**דעת ר' שמעון בן יהודה** שאין לשלם.
**ואילו חכמים סברו** שיש לשלם משום ש'אינו דומה נבעלת ברצון לנבעלת באונס'.
**הרא"ש** (ב"ק ו, ח)**פסק להלכה כר' שמעון בן יהודה** שיש לנכות מן החיוב את הריוח שהגיע לבעל השדה מכך שלא הוכחשה שדהו. וביאר הרא"ש שאף שחכמים חלקו על ר' שמעון בן יהודה זה דווקא משום שסברו שאינו דומה נבעלת ברצון לנבעלת באונס, אבל גם הם מודים שבעיקרון יש לחשב זאת, וכן הביאו הטור בשמו(ע"ש בגמרא ולשיטתו הגמרא לא טענה שנחלקו בעניין זה חכמים ור' שמעון בן יהודה, אל א רק הוכיחה שר' שמעון בן יהודה הוא זה שסובר שיש להתחשב בריוח הכחשת הפירות).
**הרא"ש והטור הביאו את דעת הרמ"ה שחולק וסובר** שאין הלכה כר' שמעון בן יהודה, ויש לחשב את הנזק בלא התחשבות בריוח הכחשת הפירות.
**הב"י כתב שמסתימת הרי"ף והרמב"ם משמע** שסברו כרמ"ה שאין מתחשבים בריוח הכחשת הפירות, וכן סתם השו"ע כלשון הרמב"ם.
לשון השו"ע:

**כל בהמה שהזיקה פירות מחוברים, משערים מה שהזיקה בששים ומשלם מי שנתחייב לשלם. כיצד? הרי שאכלה בית סאה, שמין ששים בית סאה באותה השדה כמה היה שוה, וכמה הוא שוה עתה אחר שנפסד בו הבית סאה, ומשלם השאר. וכן אם אכלה קב או רובע, אפילו קלח אחד, שמין אותו בששים.**

## סעיף ה

## כיצד משלם על בהמתו כשאכלה פירות גמורים?

לשון השו"ע:

**אכלה פירות גמורים שאינם צריכים לקרקע, משלם דמי פירות גמורים בשיווייהן, אם סאה דמי סאה, ואם סאתים דמי סאתים:**

לשון המשנה בב"ק נה:
כיצד משלמת מה שהזיקה?
שמין בית סאה באותה שדה כמה היתה יפה וכמה היא יפה.
**ר' שמעון אומר**: אכלה פירות גמורים משלמת פירות גמורים, אם סאה - סאה, אם סאתים - סאתים.

לשון הגמרא נט:

**ר"ש אומר:** אכלה פירות גמורים כו'.

מ"ט? הא דאמר רחמנא: "ובער בשדה אחר(שמות כב)" - מלמד ששמין על גב השדה, ה"מ מידי דצריך לשדה, הני כיון דלא צריכי לשדה - בעינייהו בעי שלומי.

**אמר רב הונא בר חייא א"ר ירמיה בר אבא:** דן רב כר"מ, ופסק הלכתא כר"ש:

דן רב כר"מ, דתניא: כתב לראשון ולא חתמה לו, לשני וחתמה לו - אבדה כתובתה, **דברי ר"מ**, רבי יהודה אומר: יכולה היא שתאמר נחת רוח עשיתי לבעלי, אתם מה לכם עלי.

ופסק הלכתא כר"ש, כי הא דתנן, ר"ש אומר: אכלה פירות גמורין משלמת פירות גמורין, אם סאה - סאה, אם סאתים - סאתים.

## סעיף ו

### תשלום על היזק עץ

לשון הגמרא ב"ק נח:-נט.

ההוא גברא דקץ קשבא מחבריה, אתא לקמיה דריש גלותא,

א"ל: לדידי חזי לי, ותלתא תאלתא בקינא הוו קיימי והוו שוו מאה זוזי, זיל הב ליה תלתין ותלתא ותילתא.

אמר: גבי ריש גלותא דדאין דינא דפרסאה למה ליי אתא לקמיה דר"נ, א"ל: בששים...

**רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע עבוד עובדא כוותיה דר"נ** בששים.

**לישנא אחרינא:**

רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע שמו דקלא אגב קטינא דארעא.

**והלכתא כוותיה דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע** בדקלא דארמאה,

**והלכתא כוותיה דריש גלותא** בדקלא פרסאה.

**הגמרא מספרת** סיפור על אדם שקצץ דקלו של חבירו, והדיין של ראש הגולה שם לו את החיוב ע"פ שומת שווי שלושת הדקלים שהיו שם, והואיל וקצץ רק אחד מהם חייבו שליש מהשווי של שלושתם יחד.

הלך המזיק לרב נחמן שיפסוק לו דין תורה ולא כדין הפרסים, ופסק לו רב נחמן שיש לשום את הדקל ביחס לשישים דקלים כמבואר במשנה. (כלומר את השווי שהיה נפחתים שישים דקלים מקציצת אחד מהם [נמוק"י נט. ד"ה 'הלכתא כוותיה דרב פפא'].

[הגמרא מאריכה בדיון אם יש לחלק בזה בין היזק בהמה להיזק אדם]

**הגמרא מסיקה** לבסוף שיש לפסוק כרב הונא בדקל ארמי, וכראש הגולה בדקל פרסי.

**ונחלקו הראשונים בהבנת ההבדל ביו סוגי הדקלים:**

**רש"י והרמב"ם** (נזקי ממון ב, יד)**פירשו** שדקל פרסי הינו דקל חשוב, ולכן יש לשום אותו בפני עצמו, מה שאין כן בדקל ארמי שדינו כשאר הדקלים.

**אמנם הרא"ש פירש**שדקל פרסי הינו דקל שנגמר גידולו ושניתן לעוקרו ממקומו,ולכן דינו כפירות גמורים שאין שמים אותם בשישים אלא לכשעצמם.

**השו"ע** העתיק את לשון הרמב"ם.

**והרמ"א** הביא בלשון 'יש אומרים' את דעת הרא"ש.

לשון השו"ע:

**הרי שאכלה פירות דקל אחד, וכן הקוצץ פירות דקל חבירו ואכל, אם היה דקל רומי וכיוצא בו שאין התמרים שלו יפות, משערים אותו בששים על גבי הקרקע; ואם דקל פרסי וכיוצא בו הוא, שהתמרים שלו יפות ביותר, משערים הדקל בפני עצמו, כמה היה שוה וכמה הוא שוה עתה.**

הגה: ויש אומרים דאם לא נגמר גדולו משערין בששים, ואם נגמר גדולו משערין כמו שהוא (טור ס"ז).

# סימן תי
## בור באיזה מקום חיובו וכמה שיעורו, וכל משפטי בור, ובו ל"ח סעיפים:
## סעיף א

### הגדרת אב המזיק- 'בור'

לשון המשנה בב"ק ב.

ארבעה אבות נזיקין: השור, והבור, והמבעה, וההבער...

ולא זה וזה שדרכן לילך ולהזיק, כהרי הבור שאין דרכו לילך ולהזיק.

ובגמרא ב.- ג.

מדקתני אבות - מכלל דאיכא תולדות, תולדותיהן כיוצא בהן או לאו כיוצא בהן?...

**אמר רב פפא:** יש מהן כיוצא בהן, ויש מהן לאו כיוצא בהן.

אלא...וכי קאמר רב פפא - אתולדה דבור.

תולדה דבור מאי ניהו? אילימא אב - י', ותולדה - ט', לא ט' כתיבי ולא י' כתיבי! הא לא קשיא, "והמת יהיה לו"(שמות כא) אמר רחמנא, וקים להו לרבנן: י' עבדן מיתה, ט' - נזיקין עבדי, מיתה לא עבדי.

סוף סוף זה אב למיתה וזה אב לנזקין!

אלא, אאבנו סכינו ומשאו שהניחן ברשות הרבים והזיקו.

ואי דלא אפקרינהו, אי לשמואל, דאמר כולם מבורו למדנו, היינו בור!

ואי לרב, דאמר כולם משורו למדנו, היינו שור!

מאי שנא בור? שכן תחלת עשייתו לנזק וממונך ושמירתו עליך, הני נמי תחלת עשייתן לנזק וממונך ושמירתן עליך! אלא, תולדה דבור כבור...

**מהמשנה ומהגמרא נמצאנו למדים** כי יש לחייב על אב המזיק 'בור' ותולדותיו, הגדרת אב המזיק הוא שתחילת עשייתו לנזק וממונך ושמירתך עליו, ותולדותיו כמותו כגון אבנו סכינו ומשאו המונחים ברשות הרבים שאף תחילת עשייתן בנזק ושמירתן עליך (וזאת לדעת שמואל שחיובם משום בור ולא משום 'שור).

**עוד הרחבה לדין בור מצויה בגמרא בב"ק דף ל. שם נאמר:**

השופך מים ברה"ר והוזק בהן אחר - חייב בנזקו. המצניע את הקוץ ואת הזכוכית, והגודר את גדרו בקוצים, וגדר שנפל לרה"ר, והוזקו בהן אחרים - חייב בנזקן.

לשון השו"ע:

**בור הוא מאבות נזיקין, דכתיב: כי יכרה איש בור** (שמות כא, לג)**שמאחר שחפר נתחייב בנזקיו, כיון שעשה דבר המזיק; וזהו ממונו שמזיק במקום שעשאו, שאינו זז ממקומו אלא עומד במקומו והעובר עליו ניזוק.**

**לפיכך כל הדומה לו, שהוא ממונו ומונח במקומו ומזיק, אפילו שפך מים ברשות הרבים והוחלק בהם אחר, חייב:**

## סעיף ב

### אחד הכורה ואחד הפותח

**בגמ' בב"ק מט:**דנים האמוראים במחלוקת ר' ישמעאל ור' עקיבא היכן מתחייבים על היזק 'בור':

**ר' ישמעאל אמר** שחיוב בור האמור התורה עוסק במקרה שחפר בור ברה"י ופתחו לרה"ר.

**ר"ע אומר**שחיוב בור האמור בתורה עוסק במציאות שכרה בור ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו.

**ושם נחלקו האמוראים בביאור מחלוקתם:**

**רבה סובר**ששניהם מודים שיש לחייב ברשות הרבים, ע"פ הנאמר בפסוקים בעניין בור: "כי יפתח" ו"כי יכרה" (שמות כא) ולכאורה מדוע הוצרכה התורה לחדש שהכורה חייב והלא זהו ק"ו מהפותח, אלא פשוט שיש לחייב על עסקי כריה ופתיחה על אף שאין לו שייכות בבור. ור' עקיבא חידש שניתן לחייב אף ברשות היחיד (אך כשהפקיר רשותו והשאיר בעלותו על הבור),וחלק עליו בזה ר' ישמעאל.

**ורב יוסף סובר** ששניהם מודים שיש לחייב בבור השייך לבעל הבור,ור' עקיבאסובר שאין לחייב ברה"ר, ולדעתו החידוש בפסוקכי יפתח" ו"כי יכרה", הוא שאף כאשר כרה את כל הבור, הוא נפטר במידה וכיסה, וכן אף במידה ופתח בלבד, הוא חייב למרות שכרה את הבור (במחלוקת זו נדון לקמן בסעיף ז).

**מכול מקום מגמרא זו עולה** שיש לחייב בבור הן את הכורה והן את הפותח**וכן פסק השו"ע.**
לשון השו"ע:

**אחד הכורה בור, ואחד הפותח בור שכרהו אחר וכסהו כראוי ובא זה וגילהו, חייב:**

## סעיף ג

**המוצא בור וכסהו או סתמו וחזר וגילהו**

לשון הגמרא בב"ק כט:

**איתמר:** מפקיר נזקיו - רבי יוחנן ור"א, חד אמר: חייב, וחד אמר: פטור....

**תסתיים דר"א הוא דאמר חייב**, דאמר רבי אלעזר משום רבי ישמעאל: שני דברים אינן ברשותו של אדם ועשאן הכתוב כאילו הן ברשותו, ואלו הן: בור ברשות הרבים, וחמץ משש [שעות] ולמעלה, תסתיים.

**ומי אמר רבי אלעזר הכי?** והא אמר רבי אלעזר איפכא!

**דתנן:** ההופך את הגלל ברה"ר והוזק בהן אחר - חייב בנזקו.

**ואמר ר"א:** לא שנו אלא שנתכוין לזכות בהן, אבל לא נתכוין לזכות בהן - פטור;

אלמא מפקיר נזקיו - פטור!

**אמר רב אדא בר אהבה:** שהחזירה למקומה.

**אמר רבינא:** משל דרב אדא בר אהבה למה הדבר דומה? למוצא בור מגולה וכסהו וחזר וגילהו. **א"ל מר זוטרא בריה דרב מרי לרבינא:** מי דמי? התם לא אסתלק להו מעשה ראשון, הכא אסתלק להו מעשה ראשון!

הא לא דמי אלא למוצא בור מגולה וטממה וחזר וחפרה, דאסתלקו להו מעשה ראשון וקיימא לה ברשותו!

**אלא אמר רב אשי:** כשהפכה לפחות משלשה.

(ביאור הגמ' ע"פ רש"י)

**הגמרא מביאה מחלוקת בין ר' יוחנן לר' אלעזר** האם יש לחייב על הזקים הנוצרים בעקבות נכסיו של האדם לאחר שהפקירם.

**ומוכיחה הגמ'** שר' אלעזר הוא זה שסובר שיש לחייב אף כשהפקיר את נזקיו, משום שהוא אמר בעניין בורשעשאו הכתוב כאילו הוא ברשותו על אף שאינו ברשותו.

**הגמרא מציינת שלכאורה ישנה מימרא אחרת בשם ר' אלעזר הסותרת הלכה זו**, מפני שאמר ר' אלעזר שאין לחייב את ההופך את הגלל ברשות הרבים והוזק בהן אחר, אלא במציאות שההופך התכוון לזכות בהם, ומשמע שאין לחייב על נזק בור שאינו בבעלותו.

**רב אדא בר אהבה ניסה לתרץ** שמדובר במקרה שהגלל כבר היה במקום מסוים שיכל להזיק, והזיזו משם, וחזר והחזירו למקומו, ולכן כל שלא זכה בו, הוא פטור.

**וביאר רבינא** שפטור זה דומה למציאות שאדם מצא בור מגולה וכסהו אותו וחזר וגילה, שהוא פטור שהרי לא עשה בפועל כלום שמלכתחילה הבור היה פתוח.

**מר זוטרא דחה תירוץ זה**ואמר שאכן במקרה שמצא בור מגולה וכיסהו וגילהו יש לפוטרו, אך זאת משום כשכשגילה את הבור, חזר הזקו המקורי של בעל הבור, אך במידה והזיז את הגלל הרי זה דומה למציאות שהיה סותם לחלוטין את הבור וחוזר וכורהו שבזה פשוט שיש לחייבו.

**על כן ביאר רב אשי** שר' אלעזר דיבר במציאות שלעולם לא הגביה ההופך את הגלל, אלא הפכה לג' טפחים ועל כן אין לחייבו משום שאין זה נחשב שכרה בור חדש, והחיוב הוא רק במידה וזכה בו.

**מתוך המשא ומתן של דברי הגמרא עולים הלכות רבות ושנים מהם נפסקו בסעיף שלנו:**

א. מצא בור מגולה וכיסהו וגילהו, יש לפוטר את המגלה ולחייב את בעל הבור.

ב. אם סתם לחלוטין את הבור וחזר וכרה אותו, יש לחייב את השני בלבד.

**המגיד משנה**(נזקי ממון יב, ו)**ציין לכך שהראב"ד בהשגות סבר** שבמידה וסתם השני וחזר ופתח, יש לחייב את הראשון, רק אם ידע שהשני חזר ופתח וזאת כדינם של שותפים בבור שיתבאר בע"ה לקמן בסעיפים כה- כו.

**אמנם המגיד משנה כתב** שיש לחלק בין שותפים למקרה שלנו משום שדווקא בשותפים יכול האחד לסמוך על חבירו שלא יטול את הכיסוי, אבל במקרה שלנו שהשני אינו בעל הבור, לא היה לבעל הבור לסמוך עליו שלא יטול את כיסוי, ולכן חייב גם במידה שלא ידע שחזר השני ופתח.

**הסמ"ע (ג)** הביא את דברי המגיד משנה בלבד.

לשון השו"ע:

**המוצא בור וכסהו וחזר וגילהו, בעל הבור חייב וזה האחרון פטור. סתמו בעפר וחזר והוציא את כל העפר, זה האחרון חייב, שכיון שסתמו בעפר נסתלק מעשה ראשון.**

## סעיף ד

### חיובו של אדם על בור שברשותו גם כשלא חפרו בעצמו

### הלוקח, היורש, והמקבל בור.

**כתב הרמב"ם**(נזקי ממון יב, ג): 'ואחד החופר או הלוקח או שנתן לו במתנה שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים מכל מקום', **וכן פסק השו"ע.**
**וכן בירושלמי** (ב"ק ה, ו): 'אין לי אלא בשחפר? לקח, ירש, ניתן לו במתנה מניין שנאמר [שמות כא לג] או כי יכרה איש בור'.(אמנם הרמב"ם למד כן ממקור אחר וכתב התורה תמימה [משפטים פרק כא א ס"ק לד הערה רסו] שמקורו במכילתא, עי"ש).

### בור שנחפר ברשותו מאליו או על ידי שור חבירו

לשון הגמרא בב"ק מח.
**אמר רבא:** הכניס שורו לחצר בעל הבית שלא ברשות, וחפר בה בורות שיחין ומערות: בעל השור חייב בנזקי חצר, ובעל חצר חייב בנזקי הבור; אף על גב דאמר מר: "כי יכרה איש בור"(שמות כא) - ולא שור בור, הכא כיון דאית ליה להאיך למלוייה ולא קא מלייה, כמאן דכרייה דמי.
**מדברי רבא הללו אנו למדים** שאדם מחוייב על בור שנמצא ברשותו, על אף שלא הוא חפר אותו, משום שהיה לו לסותמו, **וכן פסקו הרמב"ם** (נזקי ממון יב, ג) **הטור והשו"ע.**
**וביאר הסמ"ע (ה)** שמדובר במציאות שהפקיר רשותו הסמוכה לו, ולא את בורו, ואף אם יפקיר אח"כ בורו יתחייב, וזאת משום שלא היה לו להפקיר את רשותו שינזקו מבורו שלו (ונתייחס בסעיף ו להנחת הסמ"ע שבמקרה זה חייב, עי"ש) אך אם לא הפקיר כלל, אין לחייב את בעל הבור, משום שלא היה לאנשים להכנס לחצירו, וכן אם הפקיר את בורו ורשותו יחד אין לחייבו הואיל ולא נזוקו ממונו, ובשעת הכריה לא היה שום היזק שהרי היה הכול רשותו וכפי שיתבאר בע"ה לקמן בסעיף ו.

### בור שנחפר ברשותו על ידי אדם אחר- מי חייב בנזק?

**התוספות**(ב"ק מח. ד"ה 'אע"ג') **כתבו** שגם אם אדם אחר חפר, החיוב הוא על בעל החצר .
**אמנם מדברי הר"י המובא בתוספות בדף מט:**(ד"ה 'ופתחו')**עולה לכאורה** שבמידה ואדם אחר חפר, האדם הוא המחוייב ולא בעל החצר. שהרי ר"י ביאר את המשנה בדף מט: שם נאמר : החופר בור... ברה"י ופתחו לרה"י אחר חייב- שהכוונה היא שבמידה ואדם חפר בור ברשותו ופתחו לרה"י של חברו יש לחייבו, ומכאן משמע שהחיוב הוא על החופר ולא על בעל הרשות.
**אכן תוספות הקשו על פירוש ר"י מגמרתינו** ממנה עולה שבעל הבור הוא המחויב ולא החופר.
**הנמוק"י** (ב"ק כא: ד"ה 'מתני' ופתחו')**יישב זאת** ותירץ שהמשנה בדף מט: עוסקת במציאות שבעל החצר לא ידע מן הבור ולכן לא היה מוטל עליו לסותמו.
**הרמ"א** פסק כדברי תוספות שבעל החצר חייב לכסות ואם לא כיסה חייב, וכדברי הנמוק"י שזאת רק במידה וידע בעל הבור מן הבור.
**הגר"א (ח) כתבשמהרמב"ן במלחמות** (ב"קטו.)**משמעשחולק על כך משום שכתב** שלא מצינו בכל התורה-'זה חופר בור וזה מתחייב', ולכן במידה ולקח אדם אבנו סכינו ומשאו של חברו והניחם ברה"ר, המניח חייב על הנזקים אע"פ שהיה בידו של הבעלים לסלק אותם מרה"ר, והוא הדין לנדון דידן.
**האבן האזל**(נזקי ממון יב, ב)**כתב** שגם מדברי הרמב"ם מדויק שלא כרמ"א (עיין לקמן סעיף ו) וכדעת הרמב"ן שאם חפר אדם אחר, הוא מחויב בהיזק, ולא בעל החצר, עי"ש.
לשון השו"ע:
**אחד החופר או הלוקח או שניתן לו במתנה, שנאמר: "בעל הבור ישלם"**(שמות כא, לד)**, מי שיש לו בעלים מכל מקום. וכן אם נחפר מאיליו, או שחפרו בהמה וחיה ברשותו, הואיל והוא חייב למלאותו או לכסותו ולא עשה, הרי זה חייב בנזיקין:**
הגה: וכן אם כרה אחר ברשותו ונודע לבעל החצר, חייב בעל החצר לכסותו, ואם לא כיסה הוי כאילו חפרה בעצמו, והכורה חייב לשלם לו נזקי חבירו (טור):

## סעיף ה

### שור שחפר בור

לשון השו"ע:

**שורו שחפר ברשות הרבים או ברשות אחר, פטור בעל השור, שנאמר: "כי יכרה איש בור"**(שמות כא, לג)**- ולא שור בור.**

**כן מבואר בב"ק מח.** בעניין הדין המבואר בסעיף הקודם שיש לחייב אדם על בור שנחפר ע"י שור בחצירו, וביארה הגמרא שעל אף שאין חיוב על בור שנחפר ע"י שורו, מכול מקום חייב, משום שלא כיסה את הבור שברשותו.

**וכן בב"ק יט:** בעניין תרנגול שנקשר לו דליל, נאמר שאין לחייב על הדליל מדין בור במידה והניחו התרנגול ברה"ר, משום שאין לחייב על בור שכרתה חיית האדם, (עיין לעיל סימן צ סעיף י).

## סעיף ו

### באיזה מקום מתחייבים על חפירת בור, ואם צריך להיות בעלים על הבור ומתי?

### בור ברשות הרבים וברשות היחיד

**הבאנו לעיל בסעיף ב שהביאה הגמרא מחלוקת תנאים בין ר' ישמעאל ור' עקיבא:**

**ר' ישמעאל אמר** שחיוב בור האמור התורה עוסק במקרה שחפר בור ברה"י ופתחו לרה"ר.

**ר"ע אומר**שחיוב בור האמור בתורה עוסק במציאות שכרה בור ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו.

**ושם נחלקו האמוראים בביאור מחלוקתם:**

**רבה סובר** ששניהם מודים שיש לחייב ברשות הרבים, ע"פ הנאמר בפסוקים בעניין בור: "כי יפתח" ו"כי יכרה" (שמות כא) ולכאורה מדוע הוצרכה התורה לחדש שהכורה חייב והלא זהו ק"ו מהפותח, אלא פשוט שיש לחייב על עסקי כריה ופתיחה על אף שאין לו שייכות בבור. ור' עקיבא חידש שניתן לחייב אף ברשות היחיד (אך כשהפקיר רשותו והשאיר בעלותו על הבור),

**ורב יוסף סובר** ששניהם מודים שיש לחייב בבור השייך לבעל הבור,ור' עקיבאסובר שאין לחייב ברה"ר, ולדעתו החידוש בפסוקכי יפתח" ו"כי יכרה", הוא שאף כאשר כרה את כל הבור, הוא נפטר במידה וכיסה, וכן שאף במידה ופתח בלבד, הוא חייב למרות שכרה את הבור.

**כתב הב"ישפסקו הפוסקים כר' עקיבא** וכפירושו של רבה, שיש לחייב על כריית בור, בין במידה ופתח ברשות הרבים, על אף שאין הבור בבעלותו, ובין במידה וחפר ברשותו, והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו, **וכן פסק השו"ע.**

### פתח בור לרשות חבירו

המשנה בב"ק מט: מביאה ג' מקרים של חפירת בור שעליהן יש לחייב, וזה לשון המשנה:

1. החופר בור ברה"י ופתחו לרה"ר
2. או ברה"ר ופתחו לרה"י
3. ברה"י ופתחו לרה"י אחר

חייב.

**רש"י** מפרש את המקרה השני- 'ברה"ר ופתחו לרה"י' שהכוונה שפתחו לרשות היחיד שלו, ולאחר מכן הפקיר רשותו, ועל כן יש לחייבו כמבואר לעיל.

**ואת המקרה השלישי-** 'ברה"י ופתחו לרה"י אחר' **פירש רש"י** שהכוונה היא שאותו שפי הבור התוכה הפקיר רשותו, וכתבו תוס' שאין כוונתו לומר שפתח לרשות אחר, והאחר הפקיר רשותו, אלא 'משמע שרוצה לפרש הכל ברשות עצמו.

**והביאו תוספות שר"י פירש**שחפר בור ברשות עצמו ופתחו לרשות חבירו.

**והקשו תוספות על פירושו,** שבמקרה זה לא היה לנו לחייב את החופר כי אם את הכורה שהיה לו לסתום בור הנמצא ברשותו כמבואר לעיל בסעיף ד, ושם הבאנו שתירץ הנמוק"י שמדובר שבעל החצר לא ידע מן הבור.

**הרמב"ם כתב** (נזקי ממון יב, ב)**:**אחד החופר בור ברשות הרבים.. או פתח לרשות חבירו...הרי זה חייב בנזקיו.

**כלומר הרמב"ם פירש כר"י** שמדובר שפתח לרשות חבירו.

**וכן כתב הטור אך הוסיף** שזה דווקא במציאות שזה ברשות לא ידע מקיומו של הבור, וכתירוץ הנמוק"י.

[אמנם היה ניתן להוכיח מכאן שהרמב"ם חולק על תוספות וסובר שבמידה וחפר אחר ברשות חבירו יש לחייב את החופר, וכפי שהבאנו לעיל בסעיף ד שהבין אבן האזל בדעת הרמב"ם]

**כתב הסמ"ע (ח)**'ואף על פי שהבור אינו ברשות בעל החצר הניזק אלא ברשות החצר המזיק רק שפתוח לרשות הניזק, מ"מ כיון שעומד סמוך לחצר הניזק ממש ... ה"ל כאילו עומד בחצר הניזק, ועליו לסתמו להרחיק ממנו נזקו ויקבל שכר טרחתו מהכורה'.

## המפקיר רשותו ובורו

**הבאנו לעיל שר' עקיבא סבר** שבור האמור בתורה עוסק במציאות שכרה בור ברשותו והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו.
**נחלקו הראשונים** מה הדין במציאות שהפקיר בורו ורשותו יחד.
**רש"י כתב**(ב"ק נ. ד"ה 'בעל התקלה') שפשוט שאף אם יפקיר רשותו ובורו יש לחייבו, והסיבה שנקט ר"ע את המקרה ש'הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו', הוא משום שבמידה והפקיר שניהם אין בזה חידוש שזה ממש כחופר בור ברה"ר.
**אמנם תוספות**(ב"ק נא. וב"ק כח: ד"ה 'ה"מ היכי דאפקרינהו') **והרא"ש**(ב"ק ה, ז) **כתבו**שבדווקא כתב ר"ע את דינו במידה והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו, מפני שבמציאות שהפקיר רשותו ובורו יחד, אין לחייבו, שהרי חפירתו נעשתה ברשות, ובשעה שהפקיר את רשותו ובורו הוא אינו מוגדר כבעלים, ולדעתם יש לחייב על אחת משנים:

1. חפירה באיסור, כגון שחפר ברה"ר.
2. על נזקים הנגרמים מבור שבבעלות האדם אף שלא נחפר באיסור..

**אף הרמב"ם** (נזקי ממון יב, ב)**פסק כדברי תוספות וכך דבריו**: 'אבל אם הפקיר רשותו ובורו...הרי זה פטור שנאמר בעל הבור ישלם מי שיש לו בעלים וזה הפקר ובתחלה ברשות חפר מפני שחפר ברשותו'.
**השו"ע פסק כדברי התוס' הרמב"ם והרא"ש**שאין לחייב במידה והפקיר רשותו ובורו וכפי שנימק זאת הרמב"ם.

## הפקיר רשותו ולא הפקיר בורו, ולאחר זמן הפקיר אף בורו

**בפיסקא הקודמת הבאנו שהשו"ע פסק כתוספות, רא"ש, והרמב"ם** שבמידה וחפר ברשותו ולאחר מכן הפקיר רשותו ובורו אין לחייבו.
**הסמ"ע (ה) כתב** שבמידה והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו ולאחר מכן הפקיר גם בורו- חייב, וזאת משום שאין בידו להפקיר נזקיו לאחר שכבר חל עליו חובת התשלום.
**האמרי משה**(סימן כט ס"ק יג- יח)**מאריך בזה ומביא שיש מחלוקת ראשונים בעניין זה**, ותולה זאת במחלוקת בעניין מפקיר נזקיו במידה ונאנס, האם יש לפוטרו רק במידה שהפקיר קודם שהיה לו פנאי לשלם הזקו, אך אם היה לו פנאי והתחייב לסלק שוב אינו רשאי להפקיר, או שיש לפוטרו אף באופן שהיה לו פנאי.
**ונחלקו בעניין זה הב"ח**(תיא ד"ה "ומ"ש ואם נפלו ברוח')**והדברי משפט**(הביאו האמרי משה).
**ובראשונים:**
**השטמ"ק (כט.) הביא שכתב הריב"א במפורש** שכל הפטור במפקיר נכסיו, זה רק במידה והפקיר קודם שהיה לו פנאי.
**אולם כתב האמרי משה שמתוספות**(כט. ד"ה 'וטנפו')עולה שאף במידה והיה לו פנאי פטור.
**וביאר האמרי משה ששורש המחלוקת היא** האם החיוב לסלק היזק של בור שנחפר ברשותו או מכוח ממונו אף כשלא כרהו, מגדיר אותו כחופר במידה ולא סתמו, ועל כן לא יועיל הפקר, או שהחיוב הוא רק משום שזה ממונו, ולכן כל שהפקיר פקע חיובו[238](ועיין עוד באבן האזל [נזקי ממון פרק יב הלכות ב- ג שסבר שלא מועילה הפקרה ב2 שלבים, וכן פירש בדברי הרמב"ם].

---

[238] אמנם שמעתי מר' אבישי קולין שיש לדחות ולומר שאין לתלות בין המחלוקות, ואף תוס' הסוברים שמועילה הפקרת ההיזק במידה וההיזק נעשה באונס אף שהיה לו פנאי לפנות, יכולים להודות שלאחר שהפקיר רשותו ולא בורו, שוב לא תועיל הפקרת בורו, מפני שיש לחלק בין מציאות בו נקודת החיוב נעשתה באונס ובזה אף במידה ולאחר מכן הוטל עליו לסלק, יכול להפקיר, לבין מציאות שנקודת החיוב נעשתה במכוון כגון שהפקיר רשותו ולא הפקיר בורו שבמעשה ההפקרה חייב את עצמו בחיוב בור, ובזה לא תועיל הפקרה, ולפי ביאור זה עולה שכשכתבו תוספות בטעם הפטור במקרה שהפקיר רשותו ובורו יחד, שהוא משום שאין על מה לחייבו, לא משום חפירה ולא משום בור, אין הכוונה שלעולם אין לחייב כשלא חפר ואינו בעלים, אלא הכוונה שכל שהפקיר מנקודת פטור אחת לאחרת, אין לחייבו, כלומר בתחילה היה פטור משום שבורו ורשותו היו שלו, ולבסוף הוא פטור משום שאינה שלו כלל, אבל במידה וכבר התחייב משום שזה בורו, שוב לא תועיל הפקרה.
ואמר ר' אבישי קולין שיש נ"מ להבנה זו, והיא, במקרה ששור חפר ברשותו של אדם סמוך לרה"י:
לפי שיטת הסמ"ע היה נראה לומר שבמקרה זה יש לחייב אף במידה והפקיר, הואיל וכבר התחייב בהיזק, על אף שלא חפר.
אמנם לפי דברינו כאן ייצא שבמקרה זה אף הסמ"ע יודה שיש לפטור כדין המפקיר נזקיו, משום שכאן ההיזק לא נעשה מכוח מעשיו אלא מכוח מעשיו של השור, וכל חיובו הוא משום שזה ממונו, ובזה דומה ממש למפקיר נזקיו שנוצרו מחמת אונסו שפטור אף במידה והיה לו פנאי וכבר התחייב לסלקו, ודוק.
ולי יש להעיר שהיה מקום לדחות ולומר שגם במקרה זה ניתן לחייב, משום שניתן לחלק בין חובתו של האדם על ממונו המצוי ברה"ר, שעיקר החיוב הוא רק משום שזהו ממונו וכל שהפקירו פטור (במידה ולא חפרו) אך בור שנעשה ברשותו חובתו גדולה יותר, מפני שהוא אחראי על רשותו שתהיה נקייה מהזקים ואין זה כחיוב על ממונו שלא יזיק,

לשון השו"ע:

**אחד החופר בור ברשות הרבים**
**או החופר בור ברשותו ופתחו לרשות הרבים**
**או פתח לרשות חבירו**
**או שחפר ופתח לרשותו והפקיר רשותו ולא הפקיר בורו**
**הרי זה חייב בנזקיו.**
**אבל אם הפקיר רשותו ובורו, או שהפקיר בורו שברשותו, ה"ז פטור, שנאמר: "בעל הבור ישלם"**(שמות כא, לד)**- מי שיש לו בעלים, וזה הפקר ובתחלה ברשות חפר, מפני שחפר ברשותו:**

## סעיף ז

### החופר ברה"ר לצורך רבים

לשון הגמרא בב"ק נ.

**ת"ר**: חפר ופתח ומסר לרבים – פטור.

חפר ופתח ולא מסר לרבים – חייב.

וכן מנהגו של נחוניא חופר בורות שיחין ומערות, שהיה חופר ופותח ומוסר לרבים,

וכששמעו חכמים בדבר, אמרו: קיים זה הלכה זו.

הלכה זו ותו לא?

אלא אימא: אף הלכה זו."

**מבואר בגמרא** שהחופר לצורך הרבים פטור מהזקי הבור, **וכן פסק השו"ע.**

### האם מותר לחפור בכל מקום ברה"ר לצורך רבים?

**וכתב הטור בשם הרמ"ה** שפטור זה נכון דווקא במידה שחפר לצורך רבים במקום שיש לו רשות לחפור, אבל במקום שאין לו רשות לחפור לא,**וכן פסק השו"ע.**
**וביאר הסמ"ע (יא)** שכוונתו ש'אינו מותר לחפור לצורך רבים אלא כשכורה במקום שאינו מעבר לרבים וכדומה לו שמזיק לרבים'.

### חפר בתחלה לצורך ואח"כ הפקירה לרבים

**עוד כתב הטור בשם הרמ"ה** שאם חפר בתחילה לצורך עצמו ורק אח"כ הפקיר לרבים, אין זה מועיל.
**הטור השיג על דבריו וכתב שדבריו אינם נראים** כיון שסוף כל סוף הוא מוסרם כעת לרבים.
**השו"ע** השמיט את דברי הרמ"ה הנ"ל.
לשון השו"ע:

**החופר בור ברשות הרבים לצורך רבים, ומסר להם כיסוי, או הודיע לב"ד שרוצה להסתלק ממנו, שהם יתעסקו בו לכסותו, פטור. והוא שחפר במקום שיש רשות לחפור:**

## סעיף ח

### האם יש 'שליח לדבר עבירה' בחפירת בור?

לשון השו"ע:

---

ובזה ניתן לומר שניתן להבין את דברי הגמרא כפשוטו שכיוון שלא סילק היזקו 'כמאן דכריא דמי', ונחשב כחופר ממש, ולפי דברים אלו גם אין צורך למה שאמר ר' אבישי שלדברי תוספות כל שיש 'חיוב' שוב לא תועיל הפקרה, אלא ניתן לומר בדברי הסמ"ע שדווקא ברשותו אנו אומרים שכל שכבר נתחייב לסלק ולא סילק, הרי זה כאילו חפר, אבל במציאות שהפקיר נזקיו באונס, לא מוטל על האדם לדאוג שרה"ר תהיה נקיה מהזקים, וכל החיוב הוא מחמת שממונו מזיק, ולכן במידה והפקיר יש לפוטרו, ומכול מקום נדרשים אנו לכאורה למה שביאר ר' אבישי שהחילוק בין מפקיר נזקיו למפקיר רשותו ורק אח"כ בורו, הוא בכך שבמפקיר נזקיו לא עשה מעשה היוצר היזק, ונדרשים אנו לכך בכדי לבאר מדוע יש חילוק בין מפקיר רשותו, ואח"כ והפקיר בורו שבז חייב לבין מפקיר נזקיו ברה"ר, שהרי כאשר הפקיר רשותו, שוב אינו מחוייב בניקוי רשותו והיה צריך לומר שיפטר כדין המפקיר נזקיו, ולכן מוכרחים לומר שהחילוק הוא בכך שהוא יצר את המעשה המזיק וכדברי אבישי(אם לא שנאמר בדוחק שבורו עצמו מוגדר כרשותו, ואינו נראה).
אמנם יש להעיר שלענ"ד כל חידושו של הסמ"ע דרוש מקור, והפשטות הוא שלדעת תוס' יש לפטור אף במידה שהפקיר רשותו בלבד, ורק אח"כ הפקיר בורו, משום שסוף כל סוף לא חפר את הבור וכעת אין זה ממונו, ובזה דומה ממש למפקיר נזקיו ודוק.

**האומר לחבירו לחפור בור בר"ה, וחפרו. החופר חייב והמשלח פטור:**

**כן מבואר בגמ' בב"ק נא.** שדנה שם בהבנת דברי המשנה בדבר בור של שותפין, ושם אמרה הגמרא שאין לומר שמדובר במקרה ששניהם שלחו שליח לחפור בור, משום שבזה רק השליח חייב, ש'אין שליח לדבר עבירה'.

## סעיף ט

**החופר יסודות סביב חומתו סמוך לרשות הרבים**

**הגמרא בב"ק בדף נ.** מביאה ברייתא המציגה מספר דינים:

1. החופר בור ברה"ר ופתחו לרה"י - פטור, ואף על פי שאינו רשאי לעשות כן, לפי שאין עושין חלל תחת רה"ר.
2. החופר בורות שיחין ומערות ברשות היחיד ופתחו לרה"ר – חייב.

הדין השלישי נתון במחלוקת:

3. החופר בורות ברה"י הסמוכה לרשות הרבים, כגון אלו החופרים לאושין – פטור.

**ר' יוסי בר' יהודה** מחייב, עד שיעשה מחיצה עשרה, או עד שירחיק ממקום דריסת רגלי אדם וממקום דריסת רגלי בהמה ארבעה טפחים.

**להלכה נפסק כת"ק** שחפירת בור ברה"י לצורך הקמת יסודות [לאושין] לחומות ביתו, פוטרת ואינו חייב על נזקיה.

**רש"י**(ד"ה לאושין) **בביאור המושג 'לאושין' כתב**: "יסוד לחומת ביתו על פני כל רוחב הבית אצל רשות הרבים".

**מדברי רש"י נשמע** שאף במידה וחפר ממש אצל רשות הרבים, אין לחייבו על כך.

**ואכן הטור כתב**: 'בונה סמוך לר"ה רשאי לחפור לצורך היסוד ואפילו להרחיבו בענין שחופר בר"ה ואם הוזק בו אחד פטור כיון שעשה ברשות'.

**אמנם המהרש"ל** (ה, כא)**והב"ח כתבו** שלא יתכן לומר שלא יתחייב על דבר שחפר ברשות הרבים, ואע"ג שחפר ברשות, שהרי מבואר בברייתא (קיח:): 'כל אלו שאמרו מותרין לקלקל ברשות הרבים, אם הזיק - חייב לשלם'.

**ולכן כתבו המהרש"ל והב"ח** שדברי הגמרא אמורים במציאות שהפקיר משטחו לצורך רה"ר ואח"כ חפר שם, ובזה אינו חייב משום שיש להניח שמלכתחילה הוא הקצה לרה"ר בתנאי שעדיין יכול לחפור שם לצורך היסודות, וכתבו שיש לשנות את הגרסא ברש"י ע"פ ספרים ישנים ששם מפורש שדיבר במקרה זה.

**יש לציין שהרשב"א** (ב"ק נ. ד"ה 'הא דאוקי רב אשי') **סברכפירושו של רש"י המופיע בספרים שלנו,** וביאר שאין להקשות מדין המקלקלים ברשות הרבים, משום ש'חפירת לאושין הוא יותר תיקון העולם וישוב המדינה וכולה מדינה ניחא להו בהכי דכלהו מצרך צריכי להא'.

**השו"ע פסק:**'הבונה סמוך לרשות הרבים, רשאי לחפור לצורך היסוד, אפילו להרחיבולצד רשות הרבים.

**הגר"א (יח) כתב** שמדברי הטור אכן מבואר שסבר שלא כב"ח וכרש"ל ושפטר אף במידה וחפר ברה"ר, אך מלשון השו"ע אין להוכיח שלא פירש כב"ח וכמהרש"ל.

לשון השו"ע:

**הבונה סמוך לרשות הרבים, רשאי לחפור לצורך היסוד, אפילו להרחיבו, לצד רשות הרבים, ואם הוזקו בו פטור, כיון שעשה ברשות:**

## סעיף י

**חיוב בבור שיח ומערה וגובה הבור המחייב במיתה ובנזיקין**

לשון השו"ע:

**אחד החופר בור או שיח או מערה או חריץ.**

**ולמה נאמר: בור** (שמות כא, לג)**, שיהא בו כדי להמית, דהיינו עומק י' טפחים; אבל אם היה פחות מי' טפחים, ונפל לתוכו שור או שאר בהמה, חיה ועוף, ומת, פטור. ואם הוזק, בעל התקלה חייב נזק שלם.**

כך נאמר במשנה בב"ק נ:

## סעיפים יא-ב

**היזק בור כשיש מים בקרקעיתו**

לשון הגמרא בב"ק נא:

**אמר רבה בר בר חנה אמר שמואל בר מרתא:** בור שמונה ומהן שני טפחים מים – חייב.

מ"ט? כל טפח דמיא, כתרי דיבשה דמי.

**איבעיא להו**: בור תשעה ומהן טפח אחד מים,

מהו?

מי אמרינן כיון דלא נפישי מיא לית ביה הבלא, או דלמא כיון דעמיק טפי אית ביה הבלא?

בור שבעה ומהן שלשה טפחים מים, מהו? מי אמרינן כיון דנפישי מים טפי אית ביה הבלא, או דלמא כיון דלא עמקא לית ביה הבלא? תיקו.

**זוהי גרסת הספרים שלפנינו, ובגרסא זו מבואר** שפשוט שיש לחייב על בור שעמוק שמונה טפחים כאשר שנים מהן מלאים מהם, וזאת למרות שאינו עמוק עשרה טפחים והטעם הוא שההבל של המים רב יותר מהבל של חלל רק ויש להחשיב כל טפח מלא במים כ2 טפחים וממילא בור זה נחשב כבור עמוק עשרה טפחים.

**והסתפקה הגמרא** האם המינון הנ"ל הינו מינון מחייב, או שניתן לחייב גם כשהבור עמוק תשעה טפחים ומתוכן טפח אחד מלא במים, או שלא די בטפח אחד של מים ליצור הבל המחפה על חוסר העומק.

**כמו כן הסתפקה הגמרא** במקרה שיש שבעה טפחים עומק, ושלושה טפחים מים, האם זה מועיל, או שצריך חלל גדול יותר בשביל ליצור הבל.

**בשני הספיקות נותרה הגמרא ללא הכרעה**[ו'תיקו'].

**אמנם מפסיקת הרמב"ם**(נזקי ממון יב, יא)**עולה** שגרס שהדין הפשוט הוא שיש לחייב על בור שעמוק תשעה, ומתוכו טפח אחד מים, והספק או על בור שעמוק שמונה ומתוכו שנים מלאים במים וכן בור שעמוק שבעה ומתוכו שלושה מלאים מים.

**הטור והשו"ע פסקו כרמב"ם**, והרמב"ם והשו"ע כתבו לשיטתם בספיקות בדין, שאין מוציאים מן המזיק, אך אם תפס הניזק מועילה תפיסתו.

**והרמ"א הביא כדרכו את ה'יש חולקים'** שלא מועילה תפיסה כאשר הספק הוא בדין.

**<u>סעיף יא:</u>**

**היה עומק הבור ט' טפחים, ומהם טפח א' מים, חייב, שהטפח של מים חשוב כעומק ב' טפחים ביבשה:**

**<u>סעיף יב:</u>**

**היה עמוק שמנה, ומהם שני טפחים מים, או שהיה עומק ז' טפחים ומהם ג' טפחים מים, ונפל לתוכו שור וכיוצא בו ומת, אין מחייבין אותו לשלם, ואם תפס אין מוציאין מידו.**

הגה: ועיין לעיל סימן שפ"ח סעיף א' וז' דיש חולקין.

## סעיף יג

**חפר בו בעומק שמונה טפחים ובא אחר והרחיבו לתשעה- מי חייב בנזקים?**

**בסעיף טו יבואר** שהחופר בור תשעה ובא אחר והשלימה לעשרה, האחרון חייב לבדו בין על נזיקין ובין על מיתת השור וכדעת חכמים בב"ק נא.

**וכתבו תוס'**(ב"ק נא. ד"ה 'האחרון') שהאחרון הוא זה שחייב משום שחידש דבר חדש בבור והוא חיוב מיתה, אך במידה והיה הבור בעומק שמונה טפחים, ובא אחר והרחיבו לתשעה טפחים יש לחייב את שניהם יחד נזק וזאת כדין שיבואר לקמן בסעיף יד שאם חפר אחד עשר והשני הרחיבו לעשרים שניהם חייבים.

**בטור ובשו"ע פסקו** שכל אחד חייב לפי מה שחפר.

לשון השו"ע:

**חפר אחד שמנה, ובא חבירו וחפר עוד טפח, שניהם חייבים בנזקין, כל אחד לפי מה שחפר:**

## סעיף יד

**החופר בור עשרה ובא אחר והשלימו לעשרים- מי חייב בנזקים?**

**כפי שהבאנו לעיל נפסקה הלכה כחכמים** שהחופר בור תעשה ובא אחר והרחיבה לעשרה, הראשון הוא לבדו חייב.

**ומכול מקום מבואר בגמרא**(רב זביד ב'לישנא קמא[239])שאף חכמים יודו לדין המבואר בברייתא :'אחד החופר בור עשרה, ובא אחר והשלימה לכ', ובא אחר והשלימה לשלשים - כולן חייבין', וזאת משום שכל אחד מהם חייב בשיעור המחייב מיתה.
לשון השו"ע :

**החופר בור עשרה, ובא אחר והשלימו לכ', ובא אחר והשלימו לל', כולם חייבים:**

## סעיף טו

### החופר בור בעומק תשעה טפחים ובא אחר והרחיבה לעשרה

לשון הגמרא בב"ק נא.

מאי רבי ומאי רבנן!

**דתניא:** אחד החופר בור תשעה, ובא אחר והשלימה לעשרה - האחרון חייב.

**רבי אומר:** אחר אחרון למיתה, ואחר שניהם לנזקין.

מאי טעמא דרבנן?....

אלא היינו טעמא דרבנן, אמר קרא: "כי יכרה איש בור", 'אחד' ולא שנים...

וממאי דלחיובי בתרא? דלמא לחיובי קמא! לא סלקא דעתך, דאמר קרא: "והמת יהיה לו" (שמות כא), ההוא דקא עביד מיתה.

**מבואר שנחלקו חכמים ורבי** במידה וחפר אדם בור בעמוק תשעה ובא אחר והרחיבו לעשרה, אם שניהם חייבים בנזקים או רק האחרון, ונפסקה הלכה כחכמים שרק האחרון חייב.
**ובגמרא בעמוד ב נאמר:**

**אמר רבא:** הניח אבן ע"פ הבור והשלימה לעשרה, באנו למחלוקת רבי ורבנן.

פשיטא!

מהו דתימא, למטה הוא דהבלא דידיה קא קטיל ליה, אבל למעלה דלא הבלא דידיה קא קטיל - אימא לא, קמ"ל.

בעי רבא: טס טפח וסילק אבניו, מהו? מי אמרינן מאי דעבד שקליה, או דלמא נסתלקו מעשה ראשון וקמה ליה כוליה ברשותיה? תיקו.

**מבאר רבא** שחכמים סוברים שגם במידה שהיה בור בגובה תשעה טפחים ובא אחר ו'הגביה בנין על שפתו טפח' (רמב"ם נזקי ממון יב, יב ביאור המושג 'הניח אבן ע"פ הבור) האחרון חייב, והחידוש הוא שהאחרון חייב על אף שלא הוסיף הבל לבור.

### הוסיף הראשון מתשעה לעשרה וחזר וסתר מה שהוסיף- מי חייב בנזקי הבור?

**עוד נותרה הגמרא בספק** במקרה שחפר אחד בור בעומק תשעה ובא אחר והרחיבו לעשרה, ולאחר מכן סתם את מה שהוסיף, וכן במידה והגביה שפתו וחזר וסילק אבניו, האם במקרה זה יש לחייב את הראשון, הואיל וכעת אין שום זכר למעשה השני, א ו שלאחר שכבר שוייך הבור לשני, נסלק ממנו הראשון, וממילא השני הוא זה שחייב.
**וכתב הטור** שלכן שניהם פטורים מספק, ולשיטות הסוברות שמועילה תפיסה בספק התלוי בדין, התפיסה במידה ויתפוס מאחד מהם (ויש לעיין מדוע הרמב"ם [נזקי ממון יב, יב]סתם וכתב שהדין בספק ולא כתב מה עושים בספק זה).
לשון השו"ע :

**חפר הראשון פחות מי', אפילו טפח, ובא אחרון והשלימו לעשרה, בין שחפר בו טפח או שהגביה בנין על שפתו, זה האחרון חייב** (אפי' בנזיקין) (טור ס"ח).
**סתם טפח שהוסיף, או שסתר טפח שבנה, הרי זה ספק אם כבר נסתלק מעשה ראשון או אם עדיין לא נסתלק:**

## סעיף טז

### המרחיב בור קיים

**בסעיף הבא יבואר** שנחלקו רב ושמואל, אם יש לחייב בבור על הבלו, ולא על חבטו, ושנפסק הלכה כשמואל שיש לחייב בין על ההבל ובין על החבטה.

---

[239] ועיין ביש"ש ב"ק פרק ה סימן כז שסבר שאף לישנא בתרא מודה לזה ושלא כרש"י והגר"א (כא) כתב כרש"י שלישנא בתרא חולקת בזה עיין ודוק.

**בסעיף זה נדון** בחיובו של אדם שהרחיב בור לרחבו ולא לעמקו, אם יש לחייבו על ההיזק או את הראשון, **ונראה** שדברי הגמרא העוסקים בשאלה זו מבוססים על הנחת היסוד שהלכה כשמואל שניתן לחייב בין על החבטה ובין על ההבל, וכפי שיתבאר (וכך כתב הרא"ש שדברי רב אשי כאן הינם כשמואל, ומכאן הסיק הב"י שפסק הרא"ש כשמואל)

**וזה לשון הגמרא בב"ק נא:**

**בעא מיניה רב שיזבי מרבה:** הרחיבה, מהו?

**אמר ליה:** הרי מיעט הבלא.

**א"ל:** אדרבה, הרי קירב הזיקא!

**אלא אמר רב אשי:** ניחזי אנן, אי בהבלא מיית - הרי מיעט הבלא, אי בחבטה מיית - הרי קירב הזיקא.

**איכא דאמרי, אמר רב אשי:** ניחזי אנן, אי מההיא גיסא נפל - הרי קירב הזיקא, ואי מאידך גיסא נפל - הרי מיעט הבלא.

**הגמרא מציגה ספק בשם רב שיזבי** : מה הדין במקרה שחפר אדם בור , ובא אחר והרחיב את אותו הבור, האם יש לחייב בזה את השני

**הגמרא מציגה את צדדי הספק:** מחד, הרחבת הבור מיעטה מהבל הבור וא"כ אין ברחבה תוספת היזק אלא אדרבה מיעוט היזק (ועל כן יש לחייב את הראשון בלבד). מאידך, הרחבת הבור גרמה לקירוב ההיזק 'שמיעט מקום מעמד רגלים ושמא לא היה הולך השור עד מקום פי הבור שבתחילה' (רש"י).

**הגמרא מביאה 2 לשונות בשם רב אשי הפושטות ספק זה:**

א. יש לבדוק מחמת מה מת השור : אם מת שור מחמת הבל, השני פטור שהרי השני רק מיעט את ההבל. במידה ומת מחמת חבטה חייב, מפני שהוא קירב את הנזק.
[**וביאר הסמ"ע (כד):** מת מחמת הבל- שנפל לבור דרך פיו למטה ומת, וניכר הדבר להרואים שמת מחמת הבל. מת מחמת חבטה- שנפל לבור על גבו וניכר להרואים שלא מת אלא מחמת החבטה, ודבריו מבוססים על הגמ' בב"ק נג.]

ב. הדין תלוי במיקום ממנו נפלה הבהמה : אם נפלה מהצד שהרחיב חייב שהרי הוא קירב את היזקה (כלומר את האפשרות שלה ליפול לבור). במידה ונפלה הבהמה מצד השני פטור.

**תוספות** (ב"ק נא: ד"ה 'אי בהבלא') **תמהו על הלשון הראשון**, וכתבו שאין זה מובן מדוע יש לפוטרו במידה ומתה הבהמה מחמת ההבל, והרי יתכן ללא הרחבה הוא לא היה נופל כלל.

**הרא"ש**(ב"ק ה, ח) **כתב** שיש לפסוק כלשון השניה, שהכל תלוי מנין נפל (הב"י למד מכאן שפסק הרא"ש כשמואל עיין לקמן בסעיף הבא).

**הרמב"ם**(נזקי ממון יב, יג)**חיבר בין הלשונות וכתב** שבמידה ונפלה הבהמה מהצד שהרחיב, יש לחייב את המרחיב אף במידה ומתה הבהמה מחמת ההבל, אך אם נפלה הבהמה מהצד השני, יש לחלק בין מציאות שמתה מחמת החבטה שיש לחייבו, לבין מציאות שמתה מחמת ההבל שיש לפוטרו.

**המגיד משנה והטור תמהו** על כך שהרמב"ם ערבב בין הלשונות.

**הב"י הצדיק את דברי הרמב"ם** וכתב שעל כרחך 2 הלשונות אינן חלוקות שאם לא נאמר כן נגיע לקושית תוס' שלא יתכן לפטור את המרחיב במידה ונפל מהצד שהרחיב אף כשמתה מחמת הבלו, שהרי הוא גרם להיזק[240].

**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.**

**והרמ"א כתב כדעת הרא"ש** בלשון 'יש אומרים' שהכל תלוי מאיזה צד נפל.

לשון השו"ע :

---

[240]אמנם אף בביאור הב"י היה מקום להעיר שלא מובן מדוע יש לחייב את המרחיב במידה ונפלה הבהמה מהצד השני ומתה מחמת ההבל שהרי לא עשה כלום :

ועיין באבן האזל שהביא בזה 2 כיוונים :

א. בראה"ה המובא בשטמ"ק מבואר שבמידה והרחיב אנו רואים אותו כבעלים על הבור להתחייב אף הוא בנזקי הבור.

וכתב האבן האזל שלדבריו יוצא שהחיוב על השני הוא רק בחצי מהחיוב שהרי הוא לא הוסיף באופ כזה שהחיוב יחשב עליו, וכתב האבן האזל שקשה לומר כן ברמב"ם שכתב בכל המקרים לשון חייב, והרי במקרה שנפל מהצד שהוא הרחיב, פשוט שהוא חייב לבדו, עי"ש.

ב. האבן האזל ביאר ברמב"ם שסבר שהיות והשני הרחיב שיעור מיתה שלא היה כלל, נקרא הבור על שמו לבד, וחייב על כל ההיזק (ונראה שכן ביאר הסמ"ע (כד).

עוד הביא אבן האזל את דברי הלח"מ שביאר שהחיוב הוא על השני, משום שהיות והרחיב נאלצה הבהמה ללכת מהצד השני ולכן נפלה.

אך כתב על כך אבן האזל : 'אין טעם כלל בדבריו דמנא ידעינן לחייב בשביל זה ואיך יהיה אם השור הלך מתחלה מצד זה והוא פשוט שאין זה תירוץ כלל

**חפר הראשון בור עמוק, ובא האחרון והרחיבו, ונפל לתוכו שור ומת, אם מחמת הבלו מת, האחרון פטור, שהרי מיעט הבלו; ואם מחמת חבטו מת, האחרון חייב, שהרי הקריב היזק בור זה.**
**וכן אם נפל השור מאותו הצד שהרחיב האחרון, חייב, שהרי הקריב היזק בור זה אף על פי שמת מן ההבל. ואם מהצד שחפר הראשון נפל, הראשון חייב[241], שזה האחרון מיעט הבלו.**
הגה: ויש אומרים דאין חלוק בין מת בהבלא או בחבטא, רק אם נפל מצד שהרחיב חייב בכל ענין, ואם נפל מצד השני, האחרון פטור בכל ענין (טור ס״ח בשם הרא״ש):

## סעיף יז

**על איזה נזק של בור חייבה התורה?**
לשון הגמרא בב״ק נ:- נא.

**אמר רב:** בור שחייבה עליו תורה - להבלו ולא לחבטו.
אלמא קסבר: חבטה, קרקע עולם הוא דמזקא ליה.
**ושמואל אמר:** להבלו וכ״ש לחבטו, וא״ת: לחבטו אמרה תורה ולא להבלו, התורה העידה על הבור ואפילו מלא ספוגין של צמר.
**מאי בינייהו?**
**איכא בינייהו** דעבד גובה ברה״ר, לרב - אגובה לא מיחייב, לשמואל - אגובה נמי מיחייב.
**מ״ט דרב?** דאמר קרא: "ונפל", עד שיפול דרך נפילה.
ולשמואל? "ונפל", כל דהו משמע.
תנן: א״כ, למה נאמר בור? מה בור שיש בו כדי להמית - עשרה טפחים, אף כל שיש בו כדי להמית - עשרה טפחים...
**תנן:** היו פחותין מעשרה טפחים ונפל לתוכו שור או חמור ומת - פטור, ואם הוזק בו - חייב, נפל לתוכו שור או חמור ומת - פטור; מ״ט? לאו משום דלית ביה חבטה!
לא, משום דלית ביה הבלא.
אי הכי, אם הוזק בו - חייב, הא לית ביה הבלא!
אמרי: אין הבלא למיתה, ויש הבלא לנזקין.
**ההוא תורא** דנפל לאריתא דדלאי, שחטיה מריה, טרפיה רב נחמן.
**אמר רב נחמן:** אי שקיל מריה דהאי תורא קבא דקמחא, ואזל תנא בי מדרשא אם שהתה מעת לעת - כשירה, לא אפסדיה לתורא דשוה כמה קבי.
**אלמא קסבר ר״נ:** יש חבטה בפחות מעשרה.
**איתיביה רבא לרב נחמן:** היו פחותין מעשרה טפחים, ונפל לתוכו שור או חמור ומת - פטור.
מאי טעמא? לאו משום דלית ביה חבטה!
לא, משום דלית ביה הבלא.
אי הכי, הוזק בו - חייב, הא לית ביה הבלא!
אמר ליה: אין הבל למיתה, ויש הבל לנזקין....
**איתיביה:** "כי יפול הנופל ממנו" (דברים כב), ממנו - ולא בתוכו.
כיצד? היתה רה״ר גבוה ממנו עשרה טפחים ונפל מתוכה לתוכו - פטור, עמוקה ממנו עשרה טפחים ונפל מתוכו לתוכה - חייב.

---

[241] כתב הסמ״ע (כו) שהסיבה ששינה ונקט שהראשון חייב ולא כתב שהשני פטור, הוא בכדי שלא נאמר שיש לפטור כאן את הראשון משום שכבר נסתלקו מעשיו.

ואי ס"ד יש חבטה בפחות מי', למה לי עשרה?...

אלא, היינו טעמא דר"נ, סבר: מכריסא דתורא לארעא כמה הוי? ארבעה, אריתא דדלאי כמה הוי? שיתא, הא עשרה, אישתכח דכי קא מחבט - מעשרה הוא דקא מחבט.

אלא מתני' דקתני: מה בור שהוא כדי להמית - י' טפחים, אף כל שיש בו כדי להמית - י' טפחים, בשיתא נמי סגיא!

אמרי: מתני' - דאיגנדר לבור.

**הגמרא מציגה מחלוקת אמוראים** בשאלה האם החיוב בבור הוא על המכה שנוצרה מחמת הנפילה לבור, או על היזק ההבל של הבור.

**רב סובר** שהחיוב הוא על ההבל, אך אין לחייב על החבטה, משום שהחבטה נוצרה מ'קרקע עולם', ואין לשייכה לחופר.

**ושמואל סובר** שאמנם מתחייב על ההבל, אך פשוט שיש לחייבו גם על החבטה.

**הגמרא מבארת שההשלכה ההלכתית למחלוקת היא**: במקרה שאדם יצר תל גבוה, ונזוק השור משום שנפל מן התל לקרקע רה"ר[242]: לדעת רב פטור משום שלא היה הבל, וההזק נוצר מחבטה ב'קרקע עולם'. ואילו שמואל יסבור שפשוט שיש לחייב על החבטה.

**ומבואר בגמרא** שלדעת רב הסיבה שיש לפטור בפחות מעשרה טפחים ממיתה אך יש לחייב בנזיקין, היא משום שבפחות מעשרה אין מספיק הבל היכול להרוג בהמה, אך יש די הבל בכדי לגרום לנזק.

**הגמרא מתארת סיפור ודיון לגביו, היכול לתת כיוון לגבי ההכרעה במחלוקת רב ושמואל:**

מסופר על שור שנפל לחפירה המוליכה מים להשקיית השדות [יאריתא דדלאי], ומיד לאחר מכן שחטו בעליו.

**ופסק רב נחמן** שאותו שור נחשב כטריפה ואסור באכילה, משום שיש להניח שעל ידי הנפילה נתרסקו אבריו (ואמר רב נחמן שאם לא היה שוחטו היה ניתן להכשיר בהמה זו לאחר 24 שעות שהייתה ממשיכה לחיות ובזה הייתה יוצאת מחזקתה כטריפה).

**הגמרא מתקשה** כיצד מניח רב הונא שבנפילה הפחותה מעשרה בהמה מתה, והרי בענין בור נפסקשאין לחייב על מות בהמה בנפילתה לבור.

**בתחילה תירצה הגמרא** שבאמת סבר רב נחמן שאף בנפילה הפחותה מעשרה, בהמה מתה, והסיבה שאין לחייב על מוות מבור הפחות מעשרה הוא משום שכל שהבור פחות מעשרה, המוות לא נגרם כתוצאה של ההבל (וזאת כשיטת רב שסבר שהחיוב בבור הוא על היזק הנוצר מן ההבל ולא מהחבטה).

**אך בסוף משא ומתן ארוך מוכיחה הגמרא** מדין מעקה שלא ניתן לומר שמוות נוצר אף מנפילה הפחותה מעשרה, שהרי בעניין חיוב מעקה אין מחייבים את בעל הבית על אדם שנפל מגגו שלא היה בו מעקה עד שתהיה הנפילה בגובה עשרה טפחים.

**לאור זאת מבארת הגמרא** שרב נחמן מודה שרק נפילה מגובה של עשרה טפחים גורמת למיתה, אלא שסובר רב נחמן שיש להחשיב אף את גובה הבהמה, ולכן במידה וגובהה של הבהמה הוא ארבעה טפחים די בנפילה מגובה של ששה טפחים בכדי לחוש למיתה ולפסול את הבהמה מחשש לטריפה.

**על פי ביאור זה הסבירה הגמרא** שהמשנה בענין בור שחייבה נפילה מגובה של עשרה טפחים, עסקה במציאות שהבהמה התגלגלה לבור כאשר היא הייתה במצב של שכיבה.

**כלומר,** בתחילה הגמרא העמידה את דברי רב נחמן כשיטת שמואל שהחיוב בבור הוא מחמת ההבל אך בסוף דבריה נראה שהעמידה הגמרא את דבריו כדעת שמואל, ולכן נאלצה לבאר שהמשנה המצריכה נפילה מגובה עשרה טפחים, עסקה במקרה שהייתה שוכבת והתגלגלה, ולא ביארה בפשטות שכל שאין בבור עשרה, אין בו הבל הגורם למיתה.

**הרי"ף** (ב"ק כב.)**כתב בתחילה שיש לפסוק כרב**שהרי הברייתא של רב חנניא בדף נג מסייעת לשיטתו.

**אך הביא הרי"ף שיש אומרים** שהלכה כשמואל, על פי הכלל הידוע שהלכה כשמואל ב'דיני'.

**בהמשך הביא הרי"ף** את דינו של רב נחמן ואת העמדת הגמרא לבסוף שכל שהנפילה היא מגובה של עשרה יש לחייב בבור, על אף שהבור עצמו אינו בגובה של עשרה.

**וכתב הרי"ף שמכאן עולה שהלכה כשמואל.**

**כך כתוב ברי"ף שבגרסאות שלפנינו.**

**אך בפני הרא"ש**(ב"ק ה, ז)**הייתה גרסא אחרת:** שם כתוב בתחילה כפי שכתוב בגרסאות שלפנינו שלדעתו הלכה כרב ושיש סוברים שהלכה כשמואל, אך ההמשך שונה, לפי גרסא זו הרי"ף מביא את דינו של רב נחמן שהטרי, בהמה שנפלה מגובה הפחות מעשרה, ואת העמדת הגמרא בתחילה שהסיבה שבבור שיש לחייב רק במידה שגובהו של הבור הוא עשרה היא משום ההבל וכדעת רב, וכתב הרא"ש שכתב כן לפי סברתו שהלכה כרב.

---

[242] כך פירש רש"י אמנם ברמב"ם (נזקי ממון יב, טו) משמע שמדובר שנחבטה הבהמה מן התל ולא שנפלה ממנו, עיין לקמן סעיף יח.

**אך תמה הרא"ש על הרי"ף** על כך שהשמיט את המשך הגמ' ממנה עולה שהלכה כשמואל, וציין שהראב"ד (חידושי הראב"ד נא ע"א ד"ה הרב ר' יצחק) דחק ליישב דבריו ואין נראה.
**להלכה כתב הרא"ש** שהיות ויש מקורות המושכים לכך שהלכה רב (הברייתא של רב חנינא בדף נג)**ויש** מקורות המושכים לכך שהלכה כשמואל (סוף הסוגיא שלנו), לכן נותר הדבר בספק.
**אך בסימן שלאחר מכן (ח) כתב הרא"ש**שרב אשי (שהובא בסעיף הקודם בעניין הרחבת בור) **סובר** כשמואל (מפני שהעלה אפשרות לחייב על ההבל והעלה אפשרות לחייב על החבטה, עיין לעיל)**.**
**הטור כתב שהרא"ש** פסק כשמואל שיש לחייב גם על החבטה וגם על ההבל.
**וכתב הב"י (יח)** שהטור למד כן מדבריו בסימן ח שביאר שרב אשי סבר כשמואל.
**אף הרמב"ם**(נזקי ממון יב, יד) **פסק כשמואל**.
**וכתב הב"י**שלענין הלכה יש לפסוק כשמואל, היות ויש בזה הסכמה של הרמב"ם והרא"ש, וכן פסק השו"ע.

## האם יש לחייב על מיתת שור כשגובה הבור והשור יחד עולים לעשרה?

**כפי שהבאנו לעיל הטור הרמב"ם והשו"ע** הכריעו כשמואל שהחיוב בבור הוא גם על החבטה ללא הבל.
**וכן הבאנו שהגמרא העמידה בדעת רב נחמן** שסבר שלענין החבטה יש לצרף גם את גובה הבהמה, כלומר שבמידה והבהמה עומדת וגובהה 4 טפחים, די בנפילה לבור של 6 טפחים בכדי לחייב.
**הטור הביא מחלוקת** האם גם להלכה ניתן לחייב על נפילה לבור הנמוך מעשרה בצירוף גובה הבהמה:
**הרמ"הסובר** שיש לחייב.
**והרא"ש סובר** שאין לחייב.
**הב"י (ו) תמה** מנין לו לטור שהרא"ש סובר שאין לחייב, שהרי הרא"ש הסתפק אם הלכה כרב או כשמואל (ולעיל הבאנו דברי הב"י בס"ק יח שכתב שנפשט ספיקו, וצע"ק) ואם תאמר שהלכה כשמואל, יתכן שבאמת יש לחייב אף במקרה זה.
**הב"ח (ו) כתב** שיתכן שהטור קיבל כן מאביו בע"פ, או שלמד זאת מכך שהרא"ש הוסיף בדברי הגמרא וכתב שהנ"מ בין רב ושמואל היא במעמיד תל גבוה עשרה, ומשמע שצריך שגובה הבור עצמו יהיה עשרה.
**באולם המשפט (י) כתב** שבראב"ש המופיע בשטמ"ק (ב"ק נא. ד"ה 'מתניתין באיגנדר' ובהמשך 'וכן פירש הרא"ש') ביאר שאף במסקנא, הגמרא לא חייבה בבור הפחות בעשרה, אלא ביארה שהסיבה שחייבים דווקא בבור בגובה עשרה, הוא בכדי שיוכל להמית אף בהמת ששוכבת ומתגלגלת, וכן הובא שם בשם הרשב"א באריכות.
**הרמב"ם** (נזקי ממון יב, י)**פסק** שיש לחייב על בור שיש בו כדי להמית וסיים: 'וכמה כדי להמית עומק עשרה טפחים', ונראה שסבר כדברי הרא"ש שלעולם פטור על מיתת שור כשעומק הבור פחות מעשרה.
**השו"ע** בסעיף י העתיק את לשון הרמב"ם הנ"ל ממנו עולה שלעולם אין לחייב על מיתת בור הפחות מעשרה.

## בור שעומקו כרוחבו

לשון הגמרא בב"ק נא:

**איתמר:** בור שעומקה כרחבה- רבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו משמיה דרבה בר בר חנה דאמר משמיה דרבי מני:

חד אמר: לעולם יש בה הבל - עד שיהא רחבה יתר על עומקה.

וחד אמר: לעולם אין בה הבל - עד שיהא עומקה יתר על רחבה.

**נחלקו האמוראים** האם יש הבל במידה ועומק הבור ורוחב הבור שווים, ושניהם מודים שכל העומק יתר על הרוחב- יש בו הבל, וכל שהרוחב יתר על העומק- אין בו הבל.
**כתב הרא"ש** שלהלכה דין זה נותר בספק, ולכן להלכה יש לפטור במקרה שמתה בבור זה מחמת הבל, כגון שנפלה לבור המלא ספוגים.
**אף הרמב"ם**(נזקי ממון יב, יד)**כתב** שיש לפטור במקרה זה, אך לא ציין שזה מחמת ספק, **וכן העתיק השו"ע**
**ותמה המהרש"ל**(ים של שלמה ב"ק ה, לא) **על הרמב"ם** בכך שפסק דין זה כדין ודאי.

לשון השו"ע:

**בור שחייבה עליו תורה, אפילו לא מתה הבהמה אלא מהבלו, ואין צריך לומר אם מתה מחבטו. לפיכך אם היה עומק הבור כרחבו, אין לו הבל; ואם לא נחבטה בו הבהמה ומתה, פטור.**

**היה עומקו יותר על רחבו, יש לו הבל, ואם מתה בו הבהמה חייב, אף ע"פ שלא נחבטה בקרקעיתה:**

## סעיף יח

## עשה תל גבוה ברה"ר, ומהו השיעור המינימלי של חיוב בבור?

### עשה תל גבוה ברה"ר

**הבאנו בסעיף יז את מחלוקת רב ושמואל** האם החיוב בבור הוא רק על ההבל או גם על החבטה, והבאנו שנפסק כשמואל שהחיוב הוא גם על החבטה.
**וביארה הגמרא** שההשלכה ההלכתית בין הטעמים, היא, במציאות ש'עשה גובה ברה"ר'.
**רש"י ביאר** שהכוונה שעשה תל ברה"ר ונפלה הבהמה מהתל.
**אף תוספות** (ב"ק נ: ד"ה 'לשמואל') **כתבובתחילה** שמוכרחים לומר שמדובר במציאות שנתקלה הבהמה בתל אך נחבטה מדבר אחר, שהרי במידה והיא נתקעה בתל עצמו פשוט שיש לחייב אף לדעת רב כדין אבנו סכינו ומשאו ברשות הרבים.
**אמנם הקשו תוספות**שאם מדובר במקרה שהנזק נוצר מהקרקע ולא מהתל, היה גם לשמואל לפטור שהרי 'קרקע עולם הזיקתו', תוספות למדו כן מהעולה בגמ' בדף נג. שם מבואר ששמואל פוטר במידה והבהמה נבהלה מרעש הכרייה נתקלה בבור ונפלה לאחורי הבור, והבינו תוס' שזאת משום שההיזק נוצר מקרקע עולם ולא מקרקע הבור.
**על כן תירצו תוספות** שמדובר במציאות שבנה תל של עשרה טפחים וחפר מסביבו בור בגובה חמשה טפחים, ובזה לדעת שמואל יש לחייב מחמת החבטה בבור, אך לדעת רב אין לחייב מיתה משום שההבל הינו הבל של ה' טפחים.
**עוד כתבו תוס'** שיתכן לומר שאף שמואל יודה שניתן לחייב על מציאות בה נתקלה הבהמה בקרקע מחמת בורו של האדם, וכל מה שמשמע בדף נג. שיש לפטור, זה דווקא במציאות שנפל מחמת קול הכריה, ולא הבור היה הגורם לתקלה, וכן לא הבור היה זה שהזיק בפועל.
**הטור כתב כדברי רש"י** שמדובר שנפל מן התל (וכתוס' רק שבתוס' דיבר כשנתקל בתל ונחבל בקרקע, וברש"י משמע שנפל מן התל, אך נראה שלדינא אין הבדל).
**השו"ע בסימן תיא סעיף א** פסק כתירוצם הראשון של תוס' שאין לחייב במידה ונתקל בקרקע שאינה שייכת להיזק.
**אף מדברי הרמב"ם** (נזקי ממון פרק יב הלכה טו)נראה שיש לפטור במידה וההיזק נוצר שלא מקרקע הבור, אך הרמב"ם ביאר את הגמרא בעניין התל באופן קצת שונה.
**הרמב"ם פירש**שהבהמה נתקלה בתל עצמו, וזה לשונו: 'עשה תל גבוה ברשות הרבים ונחבטה בו הבהמה ומתה, אם היה גבוה עשרה טפחים- חייב לשלם', **וכן העתיק השו"ע.**
**הסמ"ע (ל) תמה על לשון זו** שהרי אין שום סברא לחלק במקרה זה בין גבוה עשרה לנמוך עשרה אף לענין מיתה שהרי נתקלה בתל ולא נפלה ממנו, והביא שמבואר בסימן הבא סעיף א שבמקרה שנתקלה באבנו סכינו ומשאו ומתה- חייב על אף שאינו גבוה עשרה, וכן הניח הסמ"ע בפשטות שיש לחייב אף במידה ונתקלה בתל ונזוקה מן הקרקע כמבואר בסימן תיא סעיף א כמבואר לעיל [ולכאורה סותר דבריו בסימן תיא סעיף א שם צידד בפסק השו"ע שאין לחייב על חבטה ברה"ר, וצ"ע..
**א"כ יוצא מכאן שלפי תירוצם הראשון של תוס' והפשט השו"ע בסימן הבא,** אין לחייב במידה והבהמה נזוקה בקרקע רה"ר אף אם החבטה נוצרה מכוח בורו, **וכן עולה בפשטות מדברי הרמב"ם**[243] **והשו"ע כאן.**
**אמנם הרמב"ן**(מלחמות ד' ב"ק כג:) **והרשב"א** (ב"ק נ: ד"ה 'מאי בינייהו') **סברו** שלעולם יש לחייב על היזק בורו ברה"ר וזאת אף במידה והחבטה נעשית ברה"ר וכתירוצם השני של תוספות.
**החזון איש** (ב"ק סימן ה ס"ק יא)**כתב**שבפשטות נראה להכריע כדעת הרמב"ן והרשב"א שהרי תוספות הסתפקו בזה ולראשונים אלו היה הדין ברור, ולהלכה הסיק שאם תפס המזיק כדעתם מועילה תפיסתו כדין תפיסה בספק דין.

---

[243] האבן האזל כתב שהרמב"ם סובר שיש לחלק בין מציאות של מיתה שבזה אין לחייב אלא במידה ונזוקה מן הבור עצמו או מקרקע הבור, לבין נזיקין שבזה לדעת שמואל מחייבים אף אם נזוקה בקרקע שאינה קשורה לבור, (והוכרח לזה משום שהרמב"ם לא חילק בין מציאות שהחליקה בקרקע של המים למציאות שהחליקה בקרקע אחרת מחמת המים ובשניהם חיב.)
עוד כתב האבן אזל לתרץ את קושית תוס' שהקשה שבמקרה שנחבט בתל עצמו אף רב אמור להודות שהרי אף הוא מודה שחייב כשנתקל באבנו סכינו ומשאו, ותירץ אבן האזל שהרמב"ם יבאר שכאן מדובר שהתל עצמו יצרה חלל, והבהמה ניזוקה בו, שבזה לדעת שמואל יש לחייב שזוהי קרקע של הבור ולרב אין לחייב שלדעתו גם זה נחשב קרקע עולם.
ולעניין הקושיא של הסמ"ע בחילוק בין יותר מי לפחות מי' כתב: 'אכן צריך ביאור מה נ"מ בזה בין גובה גבוה י' או פחות מי' כיון דנחבט בגובה, ונראה דכיון דעיקר הנפילה הוא מצד רגלי השור שנתקל בקרקע ונפל ונחבט בגובה, ולכן אם הגובה גבוה י' יש כאן חבטה של י' מרגלי השור הנופל עד ראש הגובה, אבל בפחות מי' אין כאן חבט של י'. ולא זכיתי להבין כוונתו.

## האם יש לחייב על בור הפחות מעשרה

**כתב הרמב"ם ובעקבותיו השו"ע** שיש לחייב לענין נזיקין אף בתל הגבוה כל שהוא (בניגוד למיתה שצריך י טפחים).
**וכתב הש"ך (ב)**שמלשון הרמב"ם והשו"ע עולה שיש לחייב אף בתל שהוא פחות מג' טפחים.
**אך הביא שהמהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק פרק ה סימן כד)**כתב** שאין לחיב על בור הפחות מג' טפחים משום שהוא נחשב כ'ארעא סמיכתא', וכתב שלשיטתו יש לומר שלשון השו"ע והרמב"ם אינו בדווקא ואין בכוונתם לשיעור 'כל שהוא', אלא שיש לחייב בנזיקין אף בפחות מעשרה.
**אך כתב הש"ך שמדברי המרדכי** (סוף הבית והעליה) **והרמ"א בסימן תיד סעיף ב** מוכח לכאורה שאף פחות מג' טפחים יש לחייב, ולמרות שלא ניתן לעכב על פחות מכך, יש לחייב במידה והזיק.
**ונשאר על כך הש"ך בצריך עיון.**
לשון השו"ע:

**עשה תל גבוה בר"ה, ונחבטה בו הבהמה ומתה, אם היה גבוה י' טפחים חייב לשלם.**
**ואם היה פחות מי', פטור על מיתת הבהמה.**
**אבל אם הוזקה בלבד חייב לשלם נזק שלם.**
**ואפילו בתל גבוה כל שהוא או בחפירה כל שהוא, שהנזק בכל שהוא דבר מצוי וידוע, ואין המיתה בכל שהוא מצויה, והרי הוא כמו אונס:**

## סעיפים יט- כ

### בהמה פקחת שנפלה לבור ביום

לשון המשנה בדף נב.

נפל לתוכו שור חרש שוטה וקטן – חייב, בן או בת, עבד או אמה – פטור.

ובגמרא בדף נד.-נד:

מאי שור חרש שוטה וקטן?

אילימא שור של חרש, שור של שוטה, שור של קטן, הא שור של פקח פטור?

**אמר רבי יוחנן:** שור שהוא חרש, שור שהוא שוטה, שור שהוא קטן.

הא שור שהוא פקח פטור?

**אמר ר' ירמיה:** לא מבעיא קאמר, לא מבעיא שור שהוא פקח דחייב, אבל שור חרש שוטה וקטן – אימא חרשותו גרמה לו, קטנותו גרמה לו וליפטר, קמ"ל.

**א"ל רב אחא לרבינא, והתניא:** נפל לתוכו בר דעת – פטור, מאי לאו שור בר דעת!

**א"ל:** לא, אדם.

**אלא מעתה,** אדם בן דעת הוא דפטור, הא לאו בן דעת הוא דחייב, שור – ולא אדם כתיב! אלא מאי בן דעת? מין בן דעת.

א"ל, והתניא: נפל לתוכו שור בן דעת – פטור!

**אלא אמר רבא:** שור והוא חרש, שור והוא שוטה, שור והוא קטן דוקא, אבל שור והוא פקח – פטור,

מאי טעמא? דבעי ליה עיוני ומיזל.

**תניא נמי הכי:** נפל לתוכו שור חרש שוטה וקטן וסומא ומהלך בלילה – חייב, פקח ומהלך ביום – פטור.

**המשנה קובעת** שיש לחייב על שור חרש שוטה וקטן.
**הגמרא דנה** האם הכוונה לשור של חרש ושוטה וקטן, או שור שהוא חרש שוטה וקטן.
**ומסיק רבא** שיש לחייב רק על שור שהוא חרש שוטה וקטן, אך אין לחייב על נזק של שור פקח שנפל לבור, משום שהיה לו לעיין ולראות לאן הוא הולך.
**הרמב"ם** (נזקי ממון יב, טז) **הבין** שדברי הגמרא כאן מוסבים דווקא לענים פטור במידה ומתה הבהמה, אך על נזקי הבהמה יש לחייב אף במידה והיא פקחת.
**הראב"ד השיג על הרמב"ם וכתב** שאין שום סברא לחלק בזה בין נזיקין למיתה, **וכן סבר הרשב"א** (ב"ק כז: ד"ה 'אמאי)

**המגיד משנה ביאר** שהרמב"ם למד כן מהפטור מנזקי אדם בבור שהסברא לפטור שם הוא משום שדרך בני אדם לעיין בדרכים, אלא שבהמה נזהרת רק ממכשולים גדולים המביאים אותה למיתה ולא ממכשולים קטנים, ולכן על נזקים קטנים יש לחייב שבזה אין אונס.
**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.**
**הרמ"א כתב בלשון יש אומרים כדעת הראב"ד והרמ"א**
(כתב ר' דניאל ווסטברוק: ויש להעיר שבסימן תיב סעיף ג סתם השו"ע כדין של הרא"ש שאם בהמה נתקלה והוזקה בכד המונח ברה"ר פטור, שבהמה דרכה לעיין. ולכאורה זה סתירה למה שפסק כאן כדעת הרמב"ם, ונראה שזה כוונת הגר"א שציין לשם)

לשון השו"ע:
**<u>סעיף יט:</u>**
**וכן אינו חייב על מיתת הבהמה בבור או על חבטתה בתל, אלא אם היתה הבהמה קטנה או חרשת או שוטה או סומא או שנפלה בלילה, אבל אם היתה פקחת ונפלה ביום ומתה, פטור, שזה כמו אונס, מפני שדרך הבהמה לראות ולסור מהמכשולות.**

**<u>סעיף כ:</u>**
**וכן אם נפל לתוכו אדם ומת, אפילו היה סומא או שנפל בלילה, בין שהיה בן חורין או עבד, ה"ז פטור; ואם הוזק בו האדם או הבהמה הפקחת, חייב נזק שלם.**
הגה: ויש אומרים דבהמה פקחת פטור אפילו מנזקין אם נפל שם ביום (טור סכ"ב והמגיד פרק י"ב דנזקי ממון):

## סעיף כא

**פטור על מות אדם ונזקי כלים בבור**
לשון הגמרא בב"ק כח:
כי אמריתה קמיה דשמואל, אמר לי: מכדי אבנו וסכינו ומשאו מבורו למדנו, וכולן אני קורא בהן: שור - ולא אדם, חמור - ולא כלים; והני מילי לענין קטלא, אבל לענין נזקין - אדם חייב, וכלים פטורין.
**מבואר בגמרא** שהתורה מיעטה שאין לחייב על מות אדם שנאמר: "כי יפתח איש בור או כי יכרה איש בר ולא יכסנו ונפל שמה שור או חמור בעל הבור ישלם וגו'" (שמות כא, לג - לד),- שור ולא אדם ולא מיעטה התורה רק ממיתה כפי שנאמר בהמשך"והמת יהיה לו" ובזה נתמעט שור ולא אדם (רש"י) אבל אם הוזק אדם בבור יש לחייב, אך זאת במידה שלא היה לו לעיין ולראות וכפי שהבאנו לעיל לגבי בהמה.
לשון השו"ע:
**נפלו כלים בבור והוזקו או נשתברו, פטור, שנאמר: "ונפל שמה שור או חמור"**(שמות כא, לג),**שור ולא אדם, חמור ולא כלים; ולא נתמעט אדם אלא ממיתה, אבל אם הוזק בו חייב; אבל על הכלים פטור, בין אם נשברו לגמרי בין אם הוזקו.**

## סעיף כב

**כרה בור וכסהו והתליע הכיסוי**
לשון השו"ע:
**כסהו כראוי, אף על פי שהתליע מתוכו, ונפל לתוכו שור ומת, פטור, שנאמר: ולא יכסנו** (שמות כא, לג), **הא אם כסהו, פטור:**
כן מבואר במשנה בדף נב.

## סעיפים כג- כז

**כסה בור בכיסוי המתאים לשוורים ואינו מתאים לגמלים**

**כסה בכיסוי המתאים לשוורים ובא גמל וערערו ונפל שם שור**

לשון הגמרא בב"ק בדף נב.-:

**איבעיא להו:** כסהו כסוי שיכול לעמוד לפני שוורים ואין יכול לעמוד בפני גמלים, ואתו גמלים וארעוה, ואתו שוורים ונפלי ביה, מאי?
אמרי: היכי דמי? אי דשכיחי גמלים, פושע הוא! ואי דלא שכיחי גמלים, אנוס הוא!
לא צריכא דאתו לפרקים, מי אמרינן כיון דאתיין לפרקים - פושע הוא, דאיבעי ליה אסוקי אדעתיה, או דלמא כיון דהשתא מיהת ליכא - אנוס הוא?....
**איכא דאמרי:** הא נמי ודאי לא איבעיא לן, דכיון דאתיין לפרקים - פושע הוא, דאיבעי ליה אסוקי אדעתיה, כי איבעי לן - הכי הוא דאיבעיא לן:
כסהו כסוי שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני גמלים, ושכיחי גמלים, והתליע מתוכו, מהו? מי אמרינן מגו דהוי פושע אצל גמלים הוי פושע נמי לענין התלעה, או דלמא לא אמרינן מגו?...
**ת"ש:** נפל לתוכו שור חרש שוטה וקטן סומא ומהלך בלילה - חייב, פקח ומהלך ביום - פטור; ואמאי? נימא: מדהוי פושע לענין חרש הוי נמי פושע לענין פקח! אלא לאו שמע מיניה: לא אמרינן מגו, שמע מיניה.

**הגמרא מביא 2 לשונות של התלבטות בעניין כיסוי הפוטר בבור:**
**בלשון הראשונה** הסתפקה הגמרא מה הדין במציאות שכסה את הבור באופן שלא יכלו שוורים לפול שם, אך גמלים יכלו לפול שם, והגמלים מגיעים רק לפרקים, ועמדו הגמלים על הכיסוי וערערו אותו, ולאחר מכן הגיע שור ונפל לתוך הבור מחמת שהכיסוי כבר היה רעוע. שורש הספק הוא, האם יש להחשיבו כפושע שלא התייחס למציאות שהגמלים עלולים לעבור, על אף שהם מגיעים רק לפרקים, או שהיות ומגיעים רק לפרקים אין הוא נחשב פושע.
**בלשון השניה**, היה פשוט לגמרא שבמקרה זה יש לחייב שהרי סוף כל סוף הוא פושע, שהרי גמלים באים לפרקים והם גרמו לכך שמת השור.
**וללשון זו הספק הוא** במציאות שהגמלים באים לפרקים, אך לא באו בפועל, והשוורים הוזקו בבור מחמת שהכיסוי הותלע, והספק הוא האם יש להשליך מהפשיעה ביחס לגמלים, אף לגבי השוורים למרות שלגביהם לא פשע כלל, ובלשון הגמרא 'מי אמרינן מגו דהוי פושע אצל גמלים הוי פושע נמי לענין התלעה'.
**השו"ע פסק כלשון השניה** שפשוט שיש לחייב במידה והגמלים ערערו את הכיסוי.

## כיסה בור באופן שמועיל לשוורים ולא לגמלים כשגמלים אינם מצויים ונפל שם גמל

**כתב רש"י** (נב. ד"ה 'ואתו שוורים') שהגמרא לא הסתפקה כלל במציאות שכיסה באופן המועיל לשוורים ולא לגמלים ונפל שם גמל שבזה פשוט שיש לחייב.
**וכתבו תוס'** (נב. ד"ה 'ואתו') שכשנפלו הגמלים יש לחייב אף במידה ואינם מצויים כלל, שעדיין היה לו לחוש שיפלו שם, ורק לעניין שיערעו את הכיסוי ויפול שם אח"כ שור לא היה לו לחוש, **וכן פסק הרמ"א.**

## כיסה באופן המועיל לשוורים כשמצויים שם לפרקים גמלים ונפל שם שור

**כפי שהבאנו מבואר בלשון השניה** שלמסקנה, יש לפטור את הסותם בכיסוי המתאים לשוורים בלבד ונפל שם שור מחמת שהתליע הכיסוי, וזאת גם במידה ומצויים שם גמלים לפרקים ופשע לגביהם שלא כיסה, היות ולעניין השור לא פשע.
**התוספות** (ב"ק נב: ד"ה 'ושכיחי') **הקשו** שלכאורה היה צריך לחייבו מדין 'תחלתו בפשיעה וסופו באונס' שהרי פשע גם לעניין שורים, שיכל גמל לבוא ולערער את הכיסוי, ואח"כ כשהיה עובר שם שור, הוא היה נופל.
**ותירצו תוספות** שאין לחייב על תחילתו בפשיעה וסופו באונס כשהאונס לא בא מחמת הפשיעה כלל, שהרי אף אם היה מכסה בכיסוי המתאים לגמלים הוא יכל להתליע.
**אמנם הראב"ד בהשגותיו על הרמב"ם** (נזקי ממון יב, ה) כתב שהרי"ף השמיט סוגיא זו מהלכה, בדיוק מהטעם שזהו תחלתו בפשיעה וסופו באונס, וסבר שגמרא זו הולכת על פי השיטה שיש לפטור ב'תחילתו בפשיעה וסופו באונס, ואינה להלכה.
**הרמב"ם והשו"ע הביאו דין זה.**

## כיסה בכיסוי המתאים לשוורים ובאופן שאם יבואו גמלים יערערו את הכיסוי ולבסוף לא עבר גמל ונפל שם שור מחמת שהתליע הכיסוי

**תוספות** (ד"ה 'ושכיחי') **כתבו בשם ר"י** שכל הפטור במציאות שכסה בכיסוי המתאים לשוורים ולא לגמלים ומת שם שור מחמת שהתליע הכיסוי, הוא דווקא במציאות שכיסה בכיסוי כזה, שאם יעבור בו גמל יפול מיד, ולא במציאות שיכול הגמל רק לערער את הכיסוי, אך במידה וכיסה באופן שיכולים הגמלים רק לערער את הכיסוי, יש לחייב על נפילת השור אף כשלא ערערו, שבזה שייך לומר מגו שפשע לעניין שוורים במידה והגמלים היו מערערים את הכיסוי, כך יש לחייב אף שלא פשע.

**תוספות הוכרחו לכך** משום שהיה קשה להם על כך שהגמרא פשטה שאיננו אומרים 'מיגו שפשע לעניין גמלים פשע גם לעניין התלעה', מהברייתא הקובעת שהחופר בור- פטור על שור פיקח וחייב על שור חרש וכו', ואיננו אומרים שמתוך שפשע לעניין חרש כך פשע לענין שור פקח, וכתבו תוס' שלכאורה אין זה מובן שהרי לעניין שור פקח לא פשע כלל שהיה לשור לעיין, ולכן ביאר ר"י שאף במציאות שלנו מדובר שלא פשע לעניין שוורים, משום שכסה באופן שהגמל לא יכל לערער.

**הרמב"ם ובעקבותיו השו"ע סתמו בזה.**

**והרמ"א הביא בלשון** 'ויש מחלקים' את חילוק תוס' בין מציאות שכיסה באופן שיכל הגמל לערער למציאות שלא.

לשון השו"ע:

**<u>סעיף כג:</u>**

**כסהו בדבר שיכול לעמוד בפני שוורים ואינו יכול לעמוד בפני גמלים, והלכו עליו גמלים ונתרועע, והלכו עליו שוורים ונפלו בו, אם אין הגמלים מצוים באותו מקום הרי זה פטור, מפני שזה אונס.** (מיהו אם נפל בתוכו גמל, אפילו פקח, חייב, דהואיל וראהו מכוסה עבר עליו) (טור ס"ט). **ואם יבאו שם גמלים, אפילו לפרקים, חייב:**

**<u>סעיף כד:</u>**

**התליע מתוכו ונפלו בו שוורים, אף על פי שהגמלים מצויים שם תמיד והרי הוא פושע לגמלים, הואיל ומחמת שהתליע נפלו בו השוורים, פטור, וכן כל כיוצא בזה.**

הגה: ויש מחלקין, הא דפטור בכהאי גוונא דוקא שאם היו עוברים הגמלים היו נופלים עם הכיסוי, דאז לא פשע כלל לגבי שוורים, דאם יעברו גמלים יפול הכיסוי, ולא יעברו שוורים פקחין כי יראו שאינו מכוסה. אבל אם הוא שאם יעברו הגמלים לא יפול הכיסוי רק יתרועע, ואם יעברו אחר כך שוורים יפלו, חייב אף בהתליע מתוכו, דהואיל ופשע לגבי שוורים חייב אף בהתלעה (טור ס"ט):

## סעיף כה

### בור של שני שותפים

**לשון המשנה בב"ק נא.**

בור של שני שותפין, עבר עליו הראשון ולא כסהו, והשני ולא כסהו - השני חייב.

**ובגמרא בדף נא.**מבואר שלדעת ר"ע המציאות של בור של שני שותפים מתקיים בחצר של שניהם כשהפקירו רשותם ולא הפקירו בורם.

וכן יש מציאות שנכונה בין לדעת ר"ע ובין לדעת ר' ישמעאל (לפי רבה המבאר שר' עקיבא מחייב אף ברה"ר) והיא, כשעקרו שניהם חוליא בבת אחת והשלימוה לעשרה.

בדף נב: דנה הגמרא מאיזה שלב יש לפטור את הראשון כשלא כסהו ולחייב רק את השני, וזה לשון הגמרא:

וראשון מאימת מיפטר?

**רבה ורב יוסף דאמרי תרוייהו משמיה דרבה בר בר חנה דאמר משמיה דרבי מני:**

**חד אמר:** משמניחו משתמש.

**וחד אמר:** משימסור לו דליו.

**כתנאי:** המדלה מים מן הבור, ובא חבירו ואמר לו הנח לי ואני אדלה מים, כיון שהניחו משתמש – פטור.

**רבי אליעזר בן יעקב אומר:** משימסור לו דליו.

במאי קמיפלגי? רבי אליעזר בן יעקב סבר: יש ברירה, האי מדידיה קא ממלא והאי מדידיה קא ממלא.

ורבנן סברי: אין ברירה.

**כלומר,** נחלקו האמורים ממתי האחריות עוברת מהשותף הראשון שלא כיסה לשותף השני ומביאה בזה ב' דיעות:

א. **האחד סבר** שמהרגע שנתן לשני להשתמש, הוא הסיר את אחריותו מההיזק.

ב. **השני סבר** שהראשון מסתלק כשמוסר לו דליו.
**וביאר רש"י** שהכוונה כשמוסר לו את מכסה הבור.
**אך הר"ח והרמב"ם**(נזקי ממון יב, ז)**ביארו** שהכונה שמוסר את הדלי של הבור.

הגמרא תולה זאת במחלוקת תנאים ומבארת ששורש מחלוקתם היא האם יש 'ברירה', כלומר, האם אנו אומרים שכאשר השותפים מתחלקים, מתברר של אחד משתמש רק בחלקו:לדעת מי שאומר שאין הדבר מתברר ניתן לחייב את השני על היזק הראשון משום שהוא שואל את חלקו של הראשון ומוטל עליו לשומרו.ולדעת מי שאומר שהדבר מתברר אין לחייב את השני על היזק הראשון שהרי בשלו הוא משתמש ואינו שואל את של חבירו, ולכן חייב רק במידה שמסר לו את הדלי שבזה נעשה שומר משום שקיבל עליו לכסותו.

**הראשונים פסקו כדיעה השניה** שאינו נפטר מאחריות עד שימסור דליו.

**רש"י ביאר** שלשיטה הסוברת שיש ברירה, במידה ולא מסר דליו, שניהם חייבים על נזק הבור יחד משום ששניהם אשמים בו, ורק כשמסר דליו, לקח השני את כל האחריות, והסתלק הראשון, **וכן סבר הטור**.

**הרא"ש** (ב"ק פרק ה סימן ח)**כתב שהרי"ף גרס במשנה**שאם עבר הראשון ולא כסהו והשני ולא כסהו – הראשון חייב, וכתב שאין מחלוקת בין רש"י לרי"ף ורש"י דיבר במציאות שהניחו להשתמש (עיין פלפלוא חריפתא ס"ק כ שלדינא צריך לומר שמסר דליו) ובזה יש לחייב רק את השני אך ללא זה שניהם חייבים, והרי"ף עסק במקרה שלא הניחו להשתמש[244], ושניהם חייבים ומה שכתב ראשון הכוונה שגם הראשון למרות שכרגע השני גם עבר. (אמנם יש לציין שבגרסאות שלפנינו גרס הרי"ף (כב.) כרש"י, אמנם אף המאירי גרס ברי"ף בראי"ש והובא בשטמ"ק)

**הרמב"ם** (נזקי ממון יב, ז) **כתב:** 'עבר עליו הראשון ולא כסהו והשני ולא כסהו, הראשון חייב עד שימסור דליו לשני ומשמסר דליו לשני לדלות ממנו נפטר הראשון ונתחייב השני לכסותו' וזאת כגרסת הרי"ף שהביאה הרא"ש.

**הטור** הבין מדבריו שסבר שהראשון חייב לבדו כל עוד לא מסר דליו, והשיג עליו.

**הב"י תמה עליו** שלאור ביאור הרא"ש ברי"ף לא היה לטור להשיג על הרמב"ם שהרי גרס כרי"ף, ואם כבר השיג היה לו להשיג גם על הרי"ף.

**אמנם הסמ"ע (לט) כתב** שאת הרי"ף ניתן לבאר כרש"י אך מלשון הרמב"ם מוכח שסבר שהראשון חייב לבדו, וזאת משום שהרמב"ם חזר על עצמו שכתב בתחלה 'הראשון חיב עד שימסור דליו לשני', והוסיף: 'ומשמסר דליו ...נתחייב השני', משמע שעד עכשיו היה חייב הראשון לבדו.

**השו"ע** העתיק את לשון הרמב"ם.

**הרמ"א הביא שיש אומרים** ששניהם חייבים עד שימסור הראשון את דליו לשני (הסמ"ע (לט) הוכיח מכאן שהרמ"א סבר שהרמב"ם חולק בזה ושלא כב"י)

[כתב רש"י שהמשנה שכתבה 'עבר הראשון' התכוונה השתמש, אך פשוט שאם שניהם עברו בלבד ולא השתמשו שניהם חייבים.
הב"י כתב שאין נראה כן מדברי הפוסקים.
הב"ח והדרישה תמהו עליו, שהרי בגמרא מבואר שכל העסוק הוא במקרה שהשתמשו, עי"ש.
ובהלכה למשה על הרמב"ם ביאר שהב"י הבין בדעת רש"י שכיוון שכל שלא השתמש השני לא מועיל מסירת הדלי, ובזה חלוקים עליו הפוסקים, עי"ש].

לשון השו"ע:

**בור של שני שותפין, ועבר עליו הראשון ולא כיסהו, השני ולא כיסהו. הראשון חייב, עד שימסור דליו לשני.**

(וי"א דשניהן חייבין, עד שימסור דליו לשני) (טור ס"י).

**ומשמסר דליו לשני לדלות ממנו, נפטר הראשון, ונתחייב השני לכסותו.**

[244] וכן כתב בשטמ"ק והוסיף:'ולהריא"ף ז"ל בעיא בעלמא קא בעי תלמודא באנפי נפשה ולאו דמתניתין איירי בהכי'. וזהו שכתב רש"י ז"ל ובגמרא מוקי לה בשהניחו ראשון לשני משתמש וכו' כלומר אוקמתא דמתניתין היא ואמתניתין קאי לאפוקי מדעת הריא"ף ז"ל.

## סעיף כו

### שותפים בבור- כסהו הראשון ובא השני ומצאו מגולה

המשנה בדף נב. ממשיכה לעסוק בדין בור של שותפים, וזה לשונה:

כסהו הראשון, ובא השני ומצאו מגולה ולא כסהו - השני חייב.

כסהו כראוי, ונפל לתוכו שור או חמור ומת - פטור.

לא כסהו כראוי, ונפל לתוכו שור או חמור ומת - חייב.

נפל לפניו מקול הכרייה - חייב, לאחריו מקול הכרייה - פטור.

מבואר במשנה שבמידה והשותף הראשון כיסה את הבור, והשני ראהו מגולה ולא כיסה, החיוב הוא על השני בלבד.

הגמרא שואלת עד מתי יש לפטור את הראשון, ומביאה בזה ב' דיעות:

**אמר רב:** בכדי שידע,

**ושמואל אמר:** בכדי שיודיעוהו.

**ורבי יוחנן אמר:** בכדי שיודיעוהו, וישכור פועלים, ויכרות ארזים ויכסנו.

**להלכה נפסק כר' יוחנן**שנותנים לו זמן עד שישכור פועלים ויכרות ארזים, אמנם הרמב"ם והטור גרסו גם בר' יוחנן'בכדי שידע', ולא 'בכדי שיודיעוהו', וכן פסק השו"ע.

ונחלקו הפרשנים בפירוש הביטוי 'בכדי שידע':

**רש"י פירש:**'בכדי שידע - שיבא גם הראשון אחרי כן ויראנו מגולה, וזאת בניגוד לבכדי שיודיעוהו שפירושושאף על פי שלא בא וראהו חייב בחלקו.

**אמנם תוספות פירשו**(ד"ה בכדי):בכדי שידע —'כלומר שהקול יצא שהבור מגולה דמסתמא שמע, וזאת בניגוד ל'בכדי שיודיעוהו שפירושו שבשמיעה בלבד אינו מתחייב משום שאינו סומך על השמיעה.

**הרמב"ם** (נזקי ממון יב, ז)כתב עד שידע.

**הראב"ד השיג על הרמב"ם וכתב** שבכדי שידע הכוונה בשיעור שיכול לדעת והוא כפי מנהגו שחוזר לדלות מבורו, ולאחר מכן כבר חייב.

**המגיד משנה כתב** שמשאר מפרשים משמע כרמב"ם שצריך לדעת בפועל (לכאורה שלא כתוס' שסבר שדי שיצא הקול).

**אמנם הטור כתב** כדברי הראב"ד ללא חולק.

**השו"ע סתם כדעת הרמב"ם** שצריך שידע.

### האם לשני נותנים זמן לשכור פועלים ולכרות ארזים?

**כתב רש"י** שללשני לא נותנים זמן לכרות ארזים ולשכור פועלים, משום שהיה לו להושיב שם שומר

**אמנם תוספות כתבו** (ד"ה 'בכדי') שגם לשני נותנים את זמן לשכור פועלים ולכרות ארזים, **וכן כתב הרא"ש.**

**הרמב"ם והשו"ע** לא כתבו כלל כמה זמן נותנים לשני.

**והרמ"א הביא את דברי תוספות** שאף לשני נותנים זמן זה, אלא שאינו צריך הודעה (סמ"ע (מה)- משום שמדובר שכבר ידע)

**הגר"א (לח)כתב** שמסתימת השו"ע והרמב"ם נראה שסברו שלא נותנים להם זמן מיוחד וכדעת **רש"י**. (כתב ר' דניאל ווסטברוק:'ולי נראה שאינו פשוט כלל שהרמב"ם סובר כרש"י, שכתב את החיוב של השני רק כשלא כסהו. והיה נראה שאם עשה כל ההשתדלות האפשרית כדי לכסות ועוד לא גמר לכסות, אינו בכלל 'לא כסהו'. וגם לכאורה אינו מובן למה יש לחלק בין הראשון לשני בזה',

ולי נראה כגר"א הואיל וזמן זה נראה כחידוש שלא מצאנו סתם כך שיכול בעל הבור להמתין זמן כה רב עד סתימת הבור, ולא מסתבר שכאן שניהם יפטרו מחיוב הבור עד שיעור זמן זה, ואף אם נאמר שכך הדין לכאורה זהו חידוש הצריך להכתב, ואמנם בסעיף כח פסקו הטור והשו"ע שהוא הדין בכל הנזקים שנעשו שלא בפשיעה, אלך לא פשוט לי שאף הרמב"ם יודה בזה)

לשון השו"ע:

**כסהו הראשון, ובא השני ומצאו מגולה ולא כסהו, השני חייב.**

**ועד אימתי יהיה השני חייב לבדו?**

**עד שידע הראשון שהבור מגולה, וכדי שישכור פועלים ויכרות ארזים ויכסנו; וכל שימות בו תוך זמן זה, הרי השני לבדו חייב בו, וכל שימות בו אחר זמן כזה, שניהם חייבים לשלם, שהרי שניהם פשעו בו.**

הגה: וי"א דגם לשני נותנין זמן עד שישכור פועלים ויכרות ארזים, אלא שאינו צריך הודעה (טור סי"ב בשם ר"י והרא"ש):

## סעיף כז

**שותפים- כסהו הראשון וגילה שנתגלה ואינו מוצא לקנות ארזים אלא ביוקר**

לשון השו"ע:

**יש מי שאומר שאם אינו מוצא לקנות ארזים אלא ביוקר, צריך להמתין לו עד שימצא לקנות בשיוויים:**

**כן כתב הטור בשם הרמ"ה** ודייק זאת מכך שכתב בגמרא 'משיכרות ארזים', ולא מ'שיקנה ארזים'.

## סעיף כח

**כמה זמן נותנים לאדם לסלק הזקיו שנוצרו באונס**

לשון השו"ע:

**כל הנזקים, אם הוא דבר שאין דרכו בעצמו לסלקו, אין מחייבין אותו לסלקו עד שישכור פועלים. והני מילי דאניס, כגון בור שכסהו כראוי והתליע, אבל בור שהניחו מגולה, פושע הוא ולאלתר חייב בנזקיו:**

**כן כתב הטור** [נראה שזה המשך דברי הרמ"ה]

(ועיין לעיל בסעיף כו שכתבתי שלא פשוט לי שהרמב"ם יודה בזה, ושמא לא אמרה הגמרא כן אלא במקרה שיש אחר שכבר אחראי על הבור, ועוד יותר נראה לומר כן בדעת רש"י שכתב לעיל שהשני אינו נפטר בשיעור זהב ומוטל עליו להעמיד שומרים, ונראה שהוא הדין כאן ודוק אמנם הערוך השולחן (לז) דימה זאת למבואר בסימן תטז סעיף שנותנים זמן לקוץ אילן המזיק ל' יום, אך נראה שאין זה דומה, ודוק).

## סעיף כט

**המכסה בור בדליו (מכסה)של חבירו**

לשון הגמרא בב"ק ל.

**ת"ר:** המצניע קוצותיו וזכוכיותיו לתוך כותל של חבירו, ובא בעל כותל וסתר כותלו, ונפל לרה"ר והזיקו - חייב המצניע...

**אמר רבינא,** זאת אומרת: המכסה בורו בדליו של חבירו, ובא בעל דלי ונטל דליו - חייב בעל הבור.

**פשיטא!** מהו דתימא, התם הוא דלא הוי ידע ליה דלוזעיה, אבל הכא דידע ליה הוה ליה לאוזועיה, קמ"ל.

בעקבות כך פסק השו"ע:

**המכסה בורו בדליו של חבירו, ובא בעל הדלי ונטל דליו, בעל הבור חייב:**

**הסמ"ע (מד) ציין לתשובת רא"ש** שלכאורה סותרת דין זה שכתב הרא"ש (כלל קא סימן ג) שבמידה והייתה לראובן חבית ברשות הרבים, ומצא אבן של שמעון וסמכה עליו, בא שמעון ולקח האבן, וע"י כך נשברה החבית חייב שמעון לשלם מפני שהזיקו באופן ישיר, ולא שייך בזה ההיתר שיכול אדם לעשות דין לעצמו מפני שהיה לו לשמור את של חברו בענין שלא יזוק, כמבואר בגמרא ב"ק כח בענין שור שעל על שור חבירו.

**ולכאורה זה סותר לדין כאן** שרשאי בעל הדלי (מכסה הבור) לטול את דליו.

**ותירץ הסמ"ע** שבמקרה של הרא"ש מדובר בהיזק ישיר, ובמקרה שלנו אין היזק ישיר, והבדל נוסף שבמקרה שלנו אין ודאיות שיווצר היזק (לא ברי היזקא) מה שאין כן במקרה של האבן.

**ובערוך השולחן (לח) הוסיף טעם נוסף וכתב:** 'ועוד דהכסוי מוכרח ליטלו לכסות בורו שלא יארע אצלו נזק והוה כזמנו בהול וא"צ להודיעו ובעל הבור היה לו להבין את זאת, משא"כ בשם אין זמנו בהול והיה לו לסמוך באבן אחר או להודיע לבעל החבית וכן כל כיוצא בענינים כאלו צריכים לראות אם לפי הענין הזמן בהול פטור אפילו גרם היזק מיד והוה כשור שעלה על חבירו להרגו ובא זה ושמט שורו ונהרג העליון דפטור וכמו הממלא כל הדרך כדים דפטור על שבירתו כמ"ש בסי' תי"ב [נ"ל].

## סעיף ל

**המוסר בור לשומר ולחרש שוטה וקטן**

**המשנה בדף ט:** מביאה כלל-'כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו'. בגמרא, מופיע ברייתא המבארת כלל זה, שהכוונה שבמידה ומסר אדם שור או בור לחרש שוטה וקטן והזיקו, יש לחייבו, וזאת בניגוד למציאות של מסירת אש שאין לחייב באופן זה.

**הגמרא מנסה לברר** האם מדובר במציאות שמסר לחרש שוטה והקטן בור מכוסה ושור קשורים, או במציאות שמסר להם בור שאינו מכוסה ובור שאינו קשור.
**ומסיקה הגמרא** שפירוש הברייתא תלוי במחלוקת אמוראים: ריש לקיש בשם ר' חזקיה, ור' יוחנן, בדבר מסירת אש לקטן:
**לדעת ריש לקיש בשם ר' חזקיה** יש לחייב על מסירת שלהבת לקטן, ורק על מסירת גחלת שלובתה לאחר מכן פטרה הברייתא, ולפי זה יש לבאר שבעניין בור ושור, חייבה הברייתא אף באופן שמסר בור מכוסה ושור קשור, שאלו המקבילות למסירת גחלת, והסיבה שיש לחייב באופן זה בבור ולפטור במקבילה באש, האי משום שבבור הדרך היא לנתק את המכסה ודרך השור לנתר, מה שאין כן באש (ברש"י וברמב"ם מבואר שהכוונה שדרך הקשר והמכסה להפתח מאליהם, ואילו בתוס' מבואר שדרך הקטן להתירם.
תוס' הקשו על פירוש רש"י שאם היה הדרך להתירם, היה לנו לפטור אף את בעל הבית, והרב אלקובי בסיכומיו הביא מהחזו"א שתירץ שכאשר יש אדם בר דעת הוא מהדק מדי פעם את הקשר ומכסה את הבור מה שאין בחש"ו, השו"ע נקט לשון הרמב"ם והסמ"ע בסימן שצו ס"ק י ניסה לדחוק בלשונם כדברי תוס' ע"ש].
**אמנם לדעת ר' יוחנן**, יש לפטור אף במציאות שמסר שלהבת לקטן, ולפי זה יש לבאר שבעניין בור שור חייבה הברייתא דווקא במציאות שמסר בור שאינו מכוסה ושור שאינו קשור, שאלו המקבילות למסירת שלהבת, והסיבה שחילוק בין אש לבור ושור, הוא שבאש, בסופו של דבר הנזק נוצר מחמת 'צוותא' של החרש וביאר רש"י בפירושו הראשון שאחיזתו של חרש גרמה ההבער שהוא נטלה והוליכה לגדיש, מה שאין כן בבור ושור, [ובפירושו השני כתב שהכוונה שיחודו של החרש עם האש גמרה להיזק].
**הרמב"ם**(נזקי ממון יב, ח)**והרשב"א**(ב"ק ט: ד"ה 'אילימא)**פסקו** כריש לקיש בשם חזקיה, ולענייננו שהחיוב במסירת בור לחש"ו הוא אף במציאות שמסרו מכוסה, ונימק זאת הרשב"א משום שחזקיה רבו של ר' יוחנן.
**הראב"ד השיג על הרמב"ם וכתב** שאין לחייב אלא במידה ולא היה הבור מכוסה כראוי, שאם היה מכוסה כראוי היה לפוטרו.
**השו"ע פסק כרמב"ם וכרשב"א** שיש לחייב על מסירת בור אף במידה והוא מכוסה כראוי.
לשון השו"ע:

**המוסר בורו לשומר, חייב בנזקיו. ואם מסרו לחרש, שוטה וקטן, אף על פי שהיה מכוסה, הרי הבעלים חייבים, שהבור עשוי להתגלות ואלו אין בהם דעת:**

## סעיף לא

### הנופל לבור מקול הכריה

לשון המשנה בב"ק נב.

נפל לפניו מקול הכרייה - חייב,

לאחריו מקול הכרייה - פטור.

**ביאר רש"י** שהמשנה עוסקת במקרה שנכנס שכיר לתוך הבור להרחיב או להעמיק אותו, ושמע השור קול הפטיש ונבעת ונפל, ובמקרה זה יש לחייב אף על נפילת שור פקח ביום, משום שבזה לא שייכת הטענה שהיה לו לעיין כשהוא הולך.
**המשנה חילקה** בין מציאות שנפל לפניו שחיב, למציאות שנפל לאחוריו שפטור.
**הגמרא בדף נב:-נג. מביאה מחלוקת אמוראים בהבנת המציאות של נפילה לפנים ונפילה לאחור:**
**רב ביאר** שב2 המקרים מדובר שנפל לתוך הבור, ויש לחלק בין נפילה עם הפנים כלפי הבור, שבזה חייב משום שמת מההבל, לבין נפילה לאחוריו שפטור משום שהמיתה נעשתה מכוח החבלה ולא מכוח ההבל, וזאת לשיטתו שהחיוב בבור הוא דווקא על נזק הנוצר מחמת הבל, כמבואר לעיל בסעיף יז.
**שמואל סבר** שאין חילוק בין צורת הנפילה, שהרי יש לחייב אף על חבטה, ולשיטתו 'לפניו'- הכוונה שנתקל בבור ונפל לתוך הבור, ולאחוריו- הכוונה שנתקל בבור ונפל מחוץ לבור.
[בסעיף יח הבאנו שנחלקו הראשונים במשמעות הפטור כשנפל מחוץ לבור:
**תוספות** (ב"ק נ: ד"ה 'לשמואל') **בתירוצם הראשון הבינו** שמחוץ לבור פטור משום ש'קרקע עולם הזיקתו', ואף שמואל מודה שאין לחייב אלא על חבטה הנוצרת בקרקע ההיזק עצמו.
**אמנם הרמב"ן** (מלחמות ד' ב"ק כג:) **והרשב"א** (ב"ק נ: ד"ה 'מאי בינייהו') **ותוספות בתירוצם השני כתבו** שאף שמואל מודה שניתן לחייב על מציאות בה נתקלה הבהמה בקרקע מחמת בורו של האדם, והפטור כאן הוא משום שלא הבור היה הגורם לתקלה, שהרי הנפילה נוצרה מחמת קול הכריה, וכן לא הבור היה זה שהזיק בפועל.
וכן הבאנו שבסימן תיא סעיף א פסק השו"ע כדעת תוספות, ושהחזו"א כתב מועילה תפיסה בזה מכוח דעת הרמב"ן והרשב"א]
**הגמרא מביאה את שרב חנניא הביא סיוע לרב מברייתא בה כתוב**: 'נפל - עד שיפול דרך נפילה. מכאן אמרו נפל לפניו מקול הכרייה חייב, לאחריו מקול הכרייה פטור. וזה וזה בבור" וממש כדברי רב (ועיין לעיל בסעיף יז הבאנו שמכוח סיוע זה סבר הרי"ף שהלכה כרב שהחיוב בבור הוא רק על ההבל, ע"ש].
**הגמרא שואלת** מדוע אנו מחייבים את בעל הבור והרי הכורה גרם לנפילה.

**וביאר רש"י** שהקושיא היא, שהיה לנו לשייך את ההיזק לכורה, ואת הכורה אין לחייב היות והוא מזיק בגרמא בלבד, וממילא לא היה לנו לחייב אף אחד על נזק זה.
**ובסוגרים הציע רש"י** שיתכן שיש לפטור את בעל הבור אף במידה והוא עצמו הכורה, שהרי הכריה נעשית בגרמא, וההיזק משוייך לכריה ולא לבור.
**הגמרא מתרצת** שהיות ולא ניתן לחייב את הכורה, אנו מחייבים את בעל הבור ששותף אף הוא בהיזק, וכדעת ר' נתן שכאשר לא ניתן לגבות את הכסף מגורם אחד להיזק, גובים הכול מהשני.
**לעניין הלכה**, היה נראה בפשטות שיש לפסוק כדעת שמואל ולחייב על כל נפילה בתוך הבור, ולפטור על נפילה מחוץ לבור, שהרי כבר הבאנו לעיל בסעיף יז שנפסק כדעת שמואל שהחיוב בבור הוא גם על החבטה ולא רק על ההבל.
**ואכן כך פסק הטור.**
**אמנם הרמב"ם** פסק לכאורה כרב, בניגוד לפסיקתו כשמואל בעניין חיוב על חבטה, ומלבד נקודה זו, דברי הרמב"ם מעוררים תמיהה בעוד נקודות, **וכך פסק הרמב"ם:**

היה חופר בבור ונפלה הבהמה מקול החפירה בתוך הבור ומתה, אם נפלה מלפניה חייב. נפלה מאחוריה, כגון שנבעתה וחזרה על עקבה לאחור ונפלה ומתה, פטור, שנאמר ונפל- עד שיפול דרך נפילה(עד כאן כדעת רב).
נפל לפניו מקול החפירה חוץ לבור ומת או ניזק, אין בית דין מחייבין אותו, ואם תפש הניזק אין מוציאין מידו. ואם נפל לאחוריו חוץ לבור ומת או הוזק, בעל הבור פטור(נושאי כליו שהרמב"ם התקשו מנין הוציא כן מהסוגיא)."

**וכתב הראב"ד:**

נראה לי כל הסוגיא אינה נצלת מן השבוש.
ואולי חזרה היתה לו שנסתפק לו הלכה כרב או כשמואל וכתב למעלה כשמואל ועכשיו בא לכתוב כרב, מכל מקום שבושין יש כאן שאם נתקל בבור מקול החפירה ונפל חוץ לבור לדברי הכל פטור, ואם נפל לאחוריו בבור זהו הספק שאמר שאין ב"ד מחייבים אותו.

**הב"י כתב** שדברי הרמב"ם אינם מכוונים וכבר כתב המ"מ שהלשון הנמצא בכתביו משובש, ולכן יש לפסוק כדעת שמואל וכדעת הטור.
לשון השו"ע:

**בור שכרוי ועומד, ונכנס בו אדם להרחיבו או להעמיקו, ועמד שור על שפתו ונבעת מקול הכורה ונפל לתוכו, בין לפניו בין לאחריו, חייב בעל הבור, אפילו השור פקח וביום; שהכורה פטור שאינו אלא גרמא, וכיון שאי אפשר להשתלם ממנו, ישתלם מבעל הבור.**
**אבל אם נבעת השור מקול הכורה ונפל לאחורי הבור, פטור.**

## סעיף לב

### שור שדחף את חברו לבור

**הבאנו בסעיף הקודם** שהמשנה פסקה שבמידה ונפל שור לבור מחמת קול הכורה, יש לחייב את בעל הבור.
**וביארה הגמרא** שהסיבה שאין להתחשב בכך שההיזק נעשה מחמת הכריה וזהו גרמא בעלמא, היא מפני שהמשנה הינה כדעת ר' נתן שסבר שכאשר לא ניתן לגבות ממזיק אחד[הכורה] יש לגבות מהמזיק השני [בעל הבור].
הגמרא ממשיכה ועוסקת בביאור מחלוקת ר' נתן וחכמים בענין זה, וזה לשונה:

דתניא: שור שדחף את חבירו לבור - בעל השור חייב, בעל הבור פטור.
**רבי נתן אומר:** בעל השור משלם מחצה ובעל הבור משלם מחצה.
**והתניא, רבי נתן אומר:** בעל הבור משלם ג' חלקים ובעל השור רביע!
לא קשיא: הא בתם, הא במועד.
ובתם מאי קסבר?
אי קסבר: האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד, האי משלם פלגא והאי משלם פלגא!
ואי קסבר: האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד, בעל הבור משלם פלגא ובעל השור רביע, ואידך ריבעא מפסיד!

**אמר רבא:** רבי נתן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא, לעולם קסבר: האי כוליה הזיקא עבד והאי כוליה הזיקא עבד, ודקא קשיא לך: לשלם האי פלגא והאי פלגא! משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור: שותפותאי מאי אהניא לי.

**איבעית אימא,** לעולם קסבר: האי פלגא הזיקא עבד והאי פלגא הזיקא עבד, ודקא קשיא לך: בעל הבור משלם פלגא ובעל השור משלם רביע, ואידך ריבעא נפסיד! משום דאמר ליה בעל השור לבעל הבור: אנא תוראי בבירך אשכחתיה, את קטלתיה, מאי דאית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא, מאי דלית לי לאשתלומי מהיאך משתלמנא ממך.

**מבואר שלדעת חכמים**, במידה ושור דחף את חבירו לבור, יש לחייב את בעל השור[245]ולא את בעל הבור, **ולדעת ר' נתן:** בברייתא אחת נאמר שבעל הבור משלם חצי נזק ובעל השור חצי נזק, ובברייתא אחרת נאמר שבעל הבור משלם שלוש רבעים מהנזק ובעל השור רבע נזק.

**הגמרא מבארת בדעת ר' נתן** שבמקרה שהשור תם: השור משלם רבע מן הנזק שהוא חצי מהחיוב המלא שלו, ובעל הבור משלם שלוש רבעים, וכשהשור מועד: כל אחד משלם חצי נזק.

**הגמרא נותנת 2 אפשרויות מדוע לדעת ר' נתן במידה והשור תם החלוקה היא, רבע ושלושה רבעים:**

א. יש לראות גם את בעל הבור וגם את בעל השור כמזיקים בפני עצמם, ומכול מקום היות והם שותפים בהיזק יש להם להתחלק בתשלום, והסיבה שבשור תם משלם רק רבע נזק, הוא מפני שאומר בעל השור תם לבעל הבור: מה הועילה לי השותפות אתך לגבי הנזק, שהרי אף אם לא היית שותף עימי הייתי משלם רק חצי נזק.

[**כתב המהרש"ל** (ב"ק פרק ה סימן מ) שלפי לשון זו אין הוכחה שר' נתן סובר שכשלא ניתן לגבות מאחד יש לגבות מאחר, מפני שכאן הסיבה שיש לחייב את בעל הבור ביותר הוא משום שכך יש לחלק את השותפות בינהם, אך במקום שהשני אינו בר חיובא, אין לחייב אחד מהם על חיובו של חבירו, ועיין באוצר המפרשים הערה 126, וכן עולה בגר"א (מה ליקוט ב) שללישנא קמא אין להוכיח שסבר ר' שנתן שכשלא ניתן לגבות מאחד יש לגבות מאחר.
אמנם כבר ציין המהרש"ל שמדברי תוס' (ב"ק נג: ד"ה 'הא') עולה שסבר שניתן להוכיח כן אף מלישנא זו שנפסק כמותה להלכה וכפי שיתבאר לקמן, ויתבאר שאדרבה מלישנא קמא לא ניתן להוכיח כן אלא לגבי בור, עי"ש]

ב. יש לראות את בעל הבור כעושה חצי נזק ואת בעל הבור כעושה חצי נזק, ובזה ברור מדוע לא ניתן לחייב את בעל השור התם ביותר מרבע נזק שהרי הזיק חצי, וזהו חצי מנזקו, והסיבה שניתן לחייב את בעל הבור ביותר מחצי, היא משום שהניזק אומר לבעל הבור: אני מצאתי את שורי בבורך,לכן אם איני יכול לגבות את חובי מבעל השור, אגבה ממך.

**הגמרא בעמוד ב** דנה במציאות ששני שוורים נגחו יחד ואחד מהם היה מפסולי המוקדשים שלא ניתן לגבות ממנו, ומבואר שם שלדעת חכמים, אם השור שאינו מפסולי המוקדשים מועד, ישלם חצי נזק, ואם הוא תם,ישלם רבע נזק ולדעת ר' נתן, אם הוא מועד ישלם נזק שלם, ואם הוא תם ישלם חצי נזק.

**כלומר,** עולה מגמרא זו שאף במציאות שהיו 2 מזיקים שהזיקו באופן שווה, סובר ר' נתן שכשלא ניתן לגבות מאחד, גובים מהאחר.

**ונחלקו הראשונים ביחס בין גמרא זו ל2 האפשרויות שהביאה הגמרא לעיל:**

- **תוספות**(ב"ק נג: ד"ה 'הא כרבנן')**הבינו** שמהגמרא בעמוד ב עולה שנפסקה הלכה כאפשרות הראשונה שכששנים מזיקים יחד, יש להחשיב כל אחד מהם כמזיק שלם, ולכן כשלא ניתן לגבות האחד גובים מהשני, אך לפי האפשרות השניה שדווקא בבור ושור, ניתן לחייב את בעל הבור, משום שיכול לטעון כנגדו שמצא את שורו בבורו, במקרה ששני שוורים נגחו יחד, לא היה לנו לחייב את הבעלים של אחד מהם על נזק שלם. עוד מבואר מדבריהם (ב"ק נג. ד"ה 'לעולם') שהסיבה שגם לפי האפשרות השניה שבעל הבור עשה רק חצי נזק, יש לחייבו על כל היזק הוא, משום שגמר ההיזק נעשה אצלו, ולכן יש להחשיבו כאילו הזיק הכול לבדו, וזה משמעות הביטוי 'אנא תוראי בבורא אשכחתיה'.

---

[245] רש"י (ד"ה 'דאית ליה') ביאר שלדעת חכמים, בעל השור משלם נזק שלם במידה והוא מועד, וחצי נזק במידה והוא תם, וזאת משום (ד"ה 'בעל הבור פטור') שבעל הבור טוען כנגדו, שלולא שורו, לא היה נופל השור לבורו, ולכן ההיזק הינו הזיק גרמא בעלמא.
אמנם תוספות בדף יג. (ד"ה 'אי לאליבא דרבנן') חלקו וסברו שלדעת חכמים הפטור הינו משום גזירת הכתוב: 'ונפל שמה שור, ולא כשאחרים מפילים, ולשיטתם בעל השור המועד משלם רק חצי נזק, הואיל והוא עשה רק חצי נזק ותם משלם רבע, ומכאן מוכח שחכמים סוברים שאיננו אומרים שכשלא ניתן לגבות מאחד גובים מאחר.
ואכן לשיטת רש"י צריך עיון מנין שחכמים סוברים כן, וביאר רש"י (יג. ד"ה 'אי') שהראיה מכך שאף כשהשור אינו 'בר תשלומין' אין גובים מבעל הבור.
ועדיין היה מקום להקשות שלשיטתם בעל הבור אינו מזיק כלל, ולכן אינו חייב, ואין להוכיח מכאן למקרה שבעל הבור חייב חלקית, שיתכן שבזה יש לחיבו על הכל, ומדברי הפנ"י (ד"ה 'בפרש"י בד"ה את קטלתיה') מבואר שאין הכוונה שבעל הבור לא עשה כלל היזק, אלא שכאשר יש מזיק נוסף שהוא עיקרי יותר, הולכים אחר עיקר ההיזק, ולכן ניתן להוכיח שאף כאשר לא ניתן לגבות מהמזיק העיקרי, אין גובים מהמזיק השני, ומעין זה כתב החזו"א (ב"ק סימן ה ס"ק ו) אך ביאר קצת אחרת מדוע כשיש מזיק של שור, אין מחייבים את בעל הבור, וביאר שזאת משום שיש להעדיף את המזיק ההולך אל הנזק, מאשר מזיק, אשר הנזק הולך אליו, עי"ש.

- **הרמב"ן** (מלחמות ד' ב"ק כג:) **ותוס' שאנץ**(הובא בשטמ"ק ב"ק נג: ד"ה 'הא כרבנן') **סברו** שאין כלל חילוק בין 2 האפשרויות, וגם לפי האפשרות השניה, אין הכוונה שדווקא במקרה של היזק שור ובור, ניתן לחייב את בעל הבור, אלא כל פעם שהזיקו שנים והאחד אינו משלם, ניתן לחייב את חבירו, משום שיכול לטעון הניזק לאותו מזיק שהוא זה שגרם לו את הנזק. לפי זה עולה שדברי הגמרא בעניין שור ושור פסולי המוקדשים, עולה לפי 2 האפשרויות.

**הרמב"ן הביא ראיה לכך שאין השלכה הלכתית בין 2 האפשרויות**, שהרי הגמרא לא שאלה מה ה'נ"מ' בינהם.

[לפי זה עולה שהביטוי 'האי פלגא היזקא עבד' אין בכוונתו שבאמת כל אחד עשה אך ורק חצי נזק שא"כ לא היה מקום לומר שהניזק יטיל את האחריויות על אחד מהמזיקים, ועיין חזו"א (ב"ק סימן ה ס"ק י) שכתב שכוונת הביטוי הוא שאנו משייכים את ההיזק לשני המזיקים יחד כל עוד הם ברי חיובא, אך כשאחד מהם אינו 'בר חיובא' יש להתייחס אל המזיק ש'בר חיובא' כמזיק ואל המזיק השני כרוח מצויה, עי"ש, ומר' דניאל שמעתי בשם נריה גושן שאכן אנו מחשיבים כל אחד שעשה רק חצי נזק ובכל זאת מחייבים אותו על כל הנזק, הואיל והיה ביכלתו להזיק בהבל],

- **המהר"ם מרוטנבורג** (הובא בהגהות מימוניות נזקי ממון פרק יב הלכה יט)**סבר**אף הוא שאין חילוק בין 2 האפשרויות ולדעת שניהם ניתן לחייב את השור שנגח יחד עם שור של פסול הקודשים על כל הנזק, אלא שלדעתו הביטוי 'אנא תוראי בבירך אשכחתיה' אכן עוסק דווקא בבור, אך הוא נצרך דווקא במקרה של היזק שור ובור שכל אחד עשה רק חצי נזק, אבל במקרה של שני שוורים שנגחו שכל אחד עשה נזק שלם, אין צורך לטעם זה.

**הבאנו שיש מן המשותף בין דעת הרמב"ן לדעת המאור והמהר"ם בכך** ששניהם סוברים שהחיוב בשור שנגח יחד שור של פסול המוקדשים, הוא אף לפי הלשון השניה.

**אך מדברי הקצות (ג [ד]) מתחדד שישנו הבדל גדול בינהם:** לשיטת הרמב"ן לעולם במידה ששנים הזיקו, ניתן לחייב כל אחד מהם על כל הנזק, וזאת גם במידה וכל אחד מהם לא עשה אלא חצי נזק, אך מדברי המהר"ם עולה שכל שעשה כל אחד מהם רק חצי נזק, לא ניתן לחייב את אחד מהם על היזק חבירו, ובזה שווה דעתם לדעת תוס' שסובר שניתן לחייב את אחד מהם על כל ההיזק רק במידה וכל אחד עשה את כל הנזק (לקמן נתייחס לכך שבפועל תוס' לא פסקו כלישנא בתרא).

**ובזה השיג הקצות על הסמ"ע (נז)** שהשיג על מה שמשמע מהטור שכשכל אחד לא הזיק לבדו, לא ניתן לחייבו על חלק הזקו של חבירו, וכתב שרק לדעת הרמב"ן נכונים דבריו.

**אמנם בסימן כה ס"ק יב ציין הקצות** שאדרבה מדברי תוספות בב"ק יג. עולה כדברי הסמ"ע שלעולם אנו מחשיבים כל אחד מהם כעושה כל הנזק, וזאת משום שכל אחד לבדו לא יכל ליצור את ההיזק [ויש להעיר שכן עולה מדברי תוס' בב"ק נג: שהבאנו שפסקו כאפשרות הראשונה שכל אחד עשה את כל הנזק].

[עוד דן הקצות ביחס לסוגיא נוספת בגמרא בב"ק יג: שם קובע רבי אבא: שבמידה ובהמת שלמים הזיקה- יש לגבות את ההיזק רק כנגד הבשר ולא האמורים, משום שהאמורים קדושים ודינם כשור הקדש, ומבארת הגמרא שדין זה יכול להסתדר אף לשיטת ר' נתן, ושאף הוא יודה כאן שלא ניתן לגבות מן הבשר כנגד ההזק של הקודשים מם הכלל- 'כי ליכא לאשתלומי מהאי, אשתלומי מהאי', וזאת משום שרק במידה שדין זה נכון במציאות של שור ובור שהזיקו יחד, שיכול הניזק לומר לבעל הבור, אני מצאתי את שורי בבורך, לכן אגבה ממך, אבל במקרה של בהמת שלמים, יכול בעל הבהמה לומר, וכי הבשר הזיק והאמורין לא הזיקו?

לכאורה גמרא זו הינה ראיה לשיטת המהר"ם שבמידה וכל ההיזק נעשה יחד, לא שייך לגבות את כל ההיזק רק מאחד מהם[246]

הרמב"ן תירץ שבמקרה של בהמת שלמים, לא היה יכול הבשר לעשות אפילו חצי היזק לבדו, מה שאין במקרה של שור ובור שכל אחד יכל לעשות חצי היזק, אך לא את כל ההיזק.

וע"פ יסוד דבריו תירץ הקצות מדוע בסימן כה נפסק שכאשר 2 דיינים חיבו ע"פ טעות בדבר משנה והאחד זיכה, אין מחייבים את השניים ביותר מחלקם, וזאת משום שהם לא יכלו לעשות את ההיזק לבדם, אך כתב שמרש"י ותוס' שאין להם הבדל בזה, ולשיטתם נותרה שאלה זו בקושיא].

**מדברי הרמב"ם והשו"ע עולה** לכאורה שלא כדעת תוספות, ומשמע שאף לפי האפשרות השניה, שייכת סברתו של ר' נתן אף בשאר שני מזיקים ולאו דווקא במקרה שהמזיק המתחייב הוא בור, משום שהם כתבו בדין זה של היזק משותף של בור ושורשיש לחייב את בעל הבור משלושת רבעי הנזק מהטעם של האפשרות השניה (אנא תוראי בבורא אשכחתיה'), ולקמן נביא שפסקו שיש לחייב את השור שנגח יחד עם שור של פסול הקודשים על כל הנזק[247]

לשון השו"ע:

**שור שדחף בהמה לתוך הבור ומת:**

**אם מועד הוא, בעל הבור משלם מחצה ובעל השור מחצה.**

---

[246] וכן יכול להתיישב לדעת תוס' וכתירוץ השני, אך יוקשה שכאן משמע שהלכה כתירוץ השני, וזאת בניגוד להכרעת תוס' ע"פ הסוגיא בב"ק נג: [ובמאור כג: כתב שאכן זו מחלוקת סוגיות] ועיין בתוס' בדף יג: שמשמע ממנה שאף לפי הסברא שכל אחד עשה נזק שלם, כל היכולת לחייב את האחד על כל הנזק זה מכוח סברת 'אנא תוראי בבורא אשכחתיה' ועיין בשטמ"ק שדברי הגמרא כאן נסתרים מהגמרא בדף נג: בעניין שני שוורים שממנו עולה שאף ללא סברא זו, מתחייב שור אחד בכל הנזק, ותירץ שיתכן שדברי הגמרא בב"ק יג. נאמרו לדחויא בעלמא, או שיתכן שסוגיא זו היא דווקא לדיעה הסוברת שכל אחד עשה חצי נזק.

[247] אמנם עיין בלשון הרמב"ם שמשמע ממנו שהטעם של 'אנא תורא בבורא אשכחתיה' אינו בא לבאר כיצד לגבות ממנו את כל הנזק, אלא מדוע הוא מחוייב על שור פקח וזה לשונו: 'שבעל הנבלה אומר לבעל הבור פחת נבלה זו יש לי אצלך אף על פי שהיא גדולה ופקחת כיון שנדחפה הרי זו כמי שנפלה בלילה כל שאני יכול להוציא מבעל השור אני מוציא והשאר אתה חייב לשלמו' ושמא יש לומר שהגמרא באה לאפוקי מהסברא שנזק זה לא יכל להעשות לבד על ידי בעל הבור משום שהבהמה פקחת ולכן לא ניתן לחייבו נזק שלם, ובזה ביארה הגמ' שיש להחשיב בהמה זו כבהמה המהלכת בלילה ולשייך לו את כל ההיזק].

**ואם תם הוא, בעל השור משלם רביע מגופו ובעל הבור משלם ג׳ חלקים מהיפה שבנכסיו, שבעל הנבילה אומר לבעל הבור: פחת נבילה זו יש לי אצלך אף על פי שהיא גדולה ופקחת כיון שנדחפה הרי זה כמי שנפלה בלילה כל שאני יכול להוציא מבעל השור אני מוציא והשאר אתה חייב לשלמו:**

## סעיף לג

### שור שנתקל באבן ונפל לתוך הבור- מי חייב לשלם, בעל האבן או בעל הבור?

לשון הגמרא בב״ק נג.

**אמר רבא:** הניח אבן ע"פ הבור, ובא שור ונתקל בה ונפל בבור, באנו למחלוקת ר׳ נתן ורבנן. פשיטא!

מהו דתימא, התם הוא דאמר בעל הבור לבעל השור: אי לאו בירא דידי, תורא דידך הוה קטיל ליה, אבל הכא מצי א"ל בעל אבן לבעל הבור: אי לאו בירא דידך, אבנא דידי מאי הוה עבדא? אי הוה מיתקל בה הוה נפל וקאי.

קמ"ל דאמר ליה: אי לאו אבן לא הוה נפיל לבירא.

**רבא אמר** שהדין במקרה שנתקל שור באבן של אדם אחד ונפל לבור של אחד נתון במחלוקת ר׳ נתן וחכמים שבוארה בסעיף הקודם.

**וביאר רש״י** שלפי חכמים בעל האבן חייב לבדו כשם שבמקרה לעיל פטרו חכמים את בעל הבור מן ההיזק על ההיזק, [ולכאורה ע״פ דברי תוס׳ שהובאו לעיל אין לחייב את בעל האבן אלא חצי נזק].

**על פי זה פסק השו״ע** שיש לחייב את הבעל האבן בכל ההיזק.

[התוספות(ב״ק כח: ד״ה ׳ונשוף׳) ביארו שיש לחייב כאן את בעל האבן על אף שלפי שיטת תוס׳ שאין לחייב על מציאות שההיזק לא נוצר בקרקע הבור עיין לעיל בסעיף יח, כגון הנתקל באבן ונזוק בקרקע, משום שכאן סוף כל סוף התקלה הייתה בקרקע בור שיש לו שם תקלה].

לשון השו״ע:

**וכן המניח אבן על פי הבור ובא השור ונתקל בה ונפל לבור ומת, המניח את האבן משלם מחצה, ובעל הבור מחצה:**

## סעיף לד

### שור ואדם שדחפו לבור

לשון הגמרא בב״ק נג:

**אמר רבא:** שור ואדם שדחפו לבור.

לענין נזקין - כולן חייבין.

לענין ארבעה דברים ודמי ולדות - אדם חייב, ושור ובור פטור.

לענין כופר ושלשים של עבד - שור חייב, אדם ובור פטורים.

לענין כלים ושור פסולי המוקדשין - אדם ושור חייבין, ובור פטור;

מאי טעמא?

אמר קרא: "והמת יהיה לו" (שמות כא), במי שהמת שלו, יצא זה שאין המת שלו.

**רבא עוסק** במקרה שנוצר היזק ע״י שלושה גורמי היזק שונים:שור, אדם ובור. כלומר, השור והאדם דחפו שור או אדם לתוך בור, והוזק הנופל.

**ופוסק רבא** שבמידה והוזק השור או האדם שנפלו, צריכים שלושת גורמי היזק לשלם יחד על ההיזק. ולענין חיובים אחרים, יש לחייב את המחוייב בהם, לדוגמא: במידה והוזק אדם, אין לחייב את בעל הבור ובעל השור על חיוב ד׳ דברים, ובזה האדם המזיק חייב לבדו. ובמידה שמת שם אדם, השור לבדו חייב על הכופר, ולא האדם הדוחף שהוא חייב מיתה ואינו חייב בתשלומים, וכן לא בעל הבור, שאין חיובעל מות אדם בבור שנאמר ״שור״ ולא אדם כמבואר לעיל בסעיף כא, וכן על זו הדרך.

**וביאר רש״י**(ד״ה ׳לענין נזיקין) שדינו של רבא הינו כדעת ר׳ נתן שהובא לעיל שסבר שהחיוב הוא לא דווקא על הדוחף אלא גם על בעל הבור (ובמאירי (ב״ק נג: ד״ה ׳דמי׳) מבואר שגם מי שמחוייב בדבר מחוייב בכל התשלום ולא בחלק ממנו וזאת גם כר׳ נתן שכשלא ניתן לגבות מאחד גובים מהשני).

הטור ביאר שלעניין נזיקין, משלשין את החוב בינהם, ואם השור הדוחף הינו שור תם, הוא משלם שישית ואת שאר הנזק מחלקין בין האדם לבעל הבור, **וכן פסק השו״ע.**

## מה הדין במקרה שדחפו שור ואדם לבור, והאדם עשה כן בכוונה?

**תוספות**(ב"ק נג: ד"ה 'שור ואדם') **כתבו** שמוכרחים לומר שכל דברי רבא עוסקים במקרה שהאדם לא דחף בכוונה, משום שבמידה והאדם דחף בכוונה, לא יתכן שנחייב בזה את בעל הבור, כשם שלא יתכן לומר שכאשר אדם לקח טלית חבירו באש של חבירו והזיקה אותה האש, שנחייב את בעל הטלית והאש.

**אך תוספות הרגישו שיש קושי בדבריהם** במה שהעמידו את דברי הגמרא במציאות שהאדם דחף שלא בכוונה, מפני שלפי זה לא מובן מדוע שיתחייב על ד' דברים, שהרי בבושת לא היה לו להתחייב כשביישו שלא בכונה (כמבואר במשנה בב"ק פו:).

**ותירצו תוספות** שמדובר שלאחר שכבר נפל האדם, ידע האדם הדוחף מזה (ושמח בבושתו) [ובב"ק בדף ו. ד"ה 'לאתויי בור המתגלגל' כתבו תוספות שאכן אינו חייב בבושת].

**אמנם בשטמ"ק**(ב"ק נג: ד"ה 'וזה לשון הרא"ה')**מופיעה דעת הרא"ה** שסבר שמדובר כשעשה כן בכוונה ואעפ"כ יש לחייבו, ועל אף שבמידה והאדם היה דוחף בכוונה לבור, לא היה לנו לחייב את בעל הבור כלל, מכול מקום היות וכאן יש שותף נוסף והוא בעל השור, על כן בעל הבור נחשב כפושע לגביו ואף הוא חייב.

[המהרש"ל (יס של שלמה פרק ה סימן מב) סבר אף הוא שהגמ' חייבה אף במידה ודחף האדם בכוונה, אלא העמיד שמדובר שהשור דחף תחילה, ורק אח"כ הצטרף אליו האדם, הש"ך (ג) הביאו וכתב שדבריו דחוקים)

**הרמב"ם**(חובל ומזיק ו, טז) הביא דין זה ולא חילק בין מציאות שדחף האדם בכוונה למציאות שדחף שלא בכוונה, ופירט שבמקרה שדחפו יחד 'משלשין בינהו' את סכום הנזק[248].

**השו"ע פסק כדברי תוספות** שיש לחייב את בעל הבור, רק במידה והאדם דחף שלא בכוונה.

**הקצות (ב) כתב** שבפשטות, אף במקרה שדחף האדם שלא בכוונה, היה לנו לחייב את בעל הבור רבע מהנזק ואת בעל השור רבע, ואת האדם חצי, וזאת משום שביחס לבעל השור, בעל הבור אכן נחשב כאשם בנזק, ויכול בעל השור לטעון כנגדו שבמידה והוא [בעל השור] ישלם את כל חצי הנזק, לא הועילה לו שותפתו בנזק עם בעל הבור.

**אך הודה הקצות שמדברי תוספות עולה שלא סבר כן,** שא"כ לא היה לנו להעמיד שמדובר במקרה שדחף האדם בכוונהשהרי בגמרא לא כתוב ששלושתם חייבים בשוה, והיה ניתן להעמיד את הגמרא כפי שביאר הקצות.

**ונשאר הקצות בצ"ע.**

**ר' שמעון שקאפ**(ב"ק סימן ד) **השיג על הקצות וכתב** שלשיטתו היה לו לומר שהתחייב בעל הבור שישית ובעל השור שליש, והאדם חצי נזק, וזאת משום שלגבי השור אין הבדל בזה שהאדם הזיק בכוונה ולכן צריך בעל השור לשלם שליש כדין כל היזק הנעשה על ידי שלושה מזיקים, אלא שבעל הבור אינו מתייחס להיזק שנוצר ע"י האדם משום שלגביו לא פשע ולכן הוא משלם רק חצי מהשליש.

**מכול מקום כתב ר' שמעון שהעיקר כתוס'** שבמידה והזיק האדם בכוונה, בעל הבור אינו משלם כלום, וביאר שזאת משום שעל חיוב בור משלמים רק מכוח הכנת מזיק, ובמידה ואדם דחף לתוך בורו, אין הבור נחשב כ'מזיק' כלל, ואינו מחוייב בכלום, עי"ש בדבריו(ועיין בברכת שמואל סימן ג מעין זה).

### *דחף האדם בכוונה- אם יש לחייב את בעל השור*

**עד כאן ראינו שגם הקצות וגם ר' שמעון הניחו** שאף כשדחף האדם בכוונה, יש לחייב את בעל השור, וכל הדיון היה לגבי בעל הבור, ואכן כך מדויק מלשון תוס' שכתבו שבמידה והאדם דחף בכוונה לא היה לנו לחייב את בעל הבור, ומשמע שאת בעל השור יש לחייב, וכן מדויק מלשון השו"ע שכתב: 'שאם היה בכוונה היה בעל הבור פטור',

**אמנם החזו"א**(ב"ק סימן ה ס"ק ה)**כתב** שכל שלא היה בכוח השור לדוחפו לבוד, אין לחייב את בעל השור כלל [ובמידה והיה לו כוח יש לפטור את האדם אף כשדחף בכוונה] ויש לשייך את כל ההיזק לאדם מפני

---

[248] **וכתב עליו אבן האזל:**

והנה לכאורה היה אפשר לומר דהרמב"ם סובר כשיטת הרא"ה בש"מ דאף דאם אדם דחף שור לבור פטור בעל הבור אבל כשדחפו אדם ושור חייב בעל הבור כיון שפשע לגבי דחיפת השור, ובתירוצו היה מיושב רק היכי שהיה יכול כל אחד לדחפו, וקשה דהא סתמא קאמר ומשמע דבכל גווני, אלא דיש לומר דגם אם לא היה יכול כ"א לבדו חייב בעל הבור עכ"פ לגבי חלק השור. דהא לגבי השור הוא שפיר שותף במעשה ההיזק, אלא דמ"מ כיון דלגבי האדם פטור בעל הבור. קשה מה שכתב הרמב"ם ומשלשין ביניהם.

ולכן נראה דהרמב"ם אינו סובר עיקר יסודם של התוספות והרשב"א וגם היכי שדחף אדם בכונה. יסבור דחייב בעל הבור דאף דודאי דברי התוס' והרשב"א מבוארים לגבי הדין שיהיה לאדם עם בעל הבור דהאדם לא יוכל לומר שותפא אית לי כיון שהזיק בכונה, אבל אין אנו דנין כאן בין האדם ובעל הבור אלא הניזק תובע את האדם ואת בעל הבור, וכל אחד חייב לשלם אם אין להשני לשלם, ולכן כשבאים שניהם לדין עם הניזק משלם כ"א חצי וכשאדם ושור דחפו משלשים ביניהם, וראיה לזה דלא באנו כאן לחלק ההיזק דאם החלוקה היה על ההיזק קשה דלמה כתב הרמב"ם משלשים ביניהם דהא האדם והשור עשו שניהם פעולת הדחיפה והוזק ע"י הבור. וא"כ כמו דבשור שדחף לבור משלם בעל הבור מחצה, כן היה צריך כאן לשלם מחצה, וע"כ דאין אנו דנים חלוקה על ההיזק אלא על התשלומין משום דכל אחד צריך לשלם, ויש כאן שלשה תשלומין ולכן משלשין ביניהן.

שהאדם בבחירה והשור אינו בבחירה, ודימה זאת למעמיד בהמת חבירו על קמת חבירו, שהחיוב הוא על האדם בלבד.
**וכתב החזו"א** שאף תוס' התכוונו לפטור גם את בעל השור, אלא שלא נחתו לפרש את מי יש לחייב במידה והאדם דחף בכוונה, ונקטו בפשיטות שבעל הבור פטור משום שכל החיוב מתייחס אל האדם, והוא הדין לגבי בעל השור [ונראה שכך יפרש בלשון השו"ע].
**אך ציין החזו"א שיותר קשה לומר כן בלשון תוס בדף ו.**(ד"ה 'לאתויי') שדייקו מהגמרא שמשמע שאף בעל הבור חייב, וזה מה שהיה קשה להם, ומשמע שלא היה קשה להם שבעל השור יהיה חייב על אף שהאדם דחף בכוונה, וסיים: וזה כדברי קצה"ח ואפשר דלישנא פסיקתא נקטו'.
לשון השו"ע:

**אם אדם ושור דחפו שור אחר לבור, והיה אדם שלא בכוונה, שאם היה בכוונה היה בעל הבור פטור, שלשתן חייבים:**
**אם השור מועד, משלשים ביניהם. ואם הוא תם, משלם השתות, והמותר ישלמו ביניהם האדם ובעל הבור.**

## סעיף לה

### שור ואדם שדחפו אשה לבור ויצאו ילדיה

**הבאנו בסעיף הקודם** את דברי רבא בעניין שור ואדם שדחפו לבור, ופסק שם רבאשיש לחייב את שלושתם, אך במידה ורק אחד מחוייב בנזק זה, הוא משלם את הכול. אחד הדוגמאות הוא בעניין דמי ולדות, שבזה יש לחייב את האדם לבדו על כל הנזק, משום שלגבי ולדות נאמר: ' וְכִי יִנָּצּוּ אֲנָשִׁים וְנָגְפוּ אִשָּׁה הָרָה וְיָצְאוּ יְלָדֶיהָ' ונלמד שהחיוב הוא דווקא באנשים ולא בשוורים [רש"י] ולגבי בור נאמר 'שור' ולא אדם, ונלמד מכאן שאין לחייב על מות אדם בשור כמבואר לעיל בסעיף כא (סמ"ע –נד).
לשון השו"ע:

## סעיף לו

### שור ואדם שדחפו כלים לבור

**בסעיף לד הבאנו את דברי רבא בגמרא בב"ק נג: שפסק** שבמידה והוזק השור או האדם שנפלו, צריכים שלושת גורמי היזק לשלם יחד על ההיזק, ולענין חיובים אחרים, יש לחייב את המחוייב בהם, ולכן אם דחפו כלים, יש לחייב את בעל השור והאדם בכל הנזק, ובעל הבור פטור, שאינו מתחייב על היזק של כלים כמבואר לעיל בסעיף כא.
ואם דחפו אדם והוזק שלושתם חייבים.
לשון השו"ע:

**אם דחפו בו אדם והוזק, שלשתם חייבים בנזק. ואדם לבדו חייב בשאר דברים.**
**ואם דחפו בו כלים ונשברו, אדם ובעל השור חייבים, ובעל הבור פטור:**

## סעיף לז

### הזיקו יחד ולאחד אין כסף או שברח- אם ניתן לגבות את כל ההיזק מחבירו

**הזכרנו בסעיפים הקודמים את דינו של ר' נתן** שבמקרה שהזיקו שנים, ולא ניתן לחייב את האחד יש לחייב את השני.
**ונחלקו הראשונים** האם כלל זה נכון גם במידה והשני הינו 'בר חיוב' אך אין לו ממה לשלם:
**הטור הביא שכתב הרמ"ה** שאף במקרה זה יש לחיב את מי שיש לשלם את כל הנזק.
**אך הטור השיג עליו** וכתב שלא חייב ר' נתן את אחד מהם בהכל, אלא במקרה שהשני פטור מן הדין והטעם הוא שכיון שהתורה פטרה את השני, והוא עשה כל הנזק צריך לשלם אבל אם שותפו בר תשלומין אלא שאין לו לשלם, אין שום סיבה שחבירו יפרע בשבילו, והביא הטור שכדבריו כתב ר' חזקיה.
**ולאור דבריו כתב הטור**[249], שבימינו שאין דנים דיני קנסות, אם דחף שור בהמה לבור, בעל הבור משלם שלושה רבעים מהנזק כמבואר לעיל בסעיף לב, ואף על פי שכיום לא נגבה אהרבע הנותר מבעל השור התם משום שלא דנים דיני קנסות (וזה דומה למציאות שהמזיק השני חיב, אך אין לו ממה לשלם).
**השו"ע** הביא את ב' הדיעות בלשון י"א וי"א, ואת דברי הטור ב'יש אומרים בתרא

[249]לשון הטור: 'ואין נראה דלא מחייב ר' נתן היכא דליכא לאשתלומי מאידך אלא היכא שפטור מדינא...וכ"כ הר"ר חזקיה: שור שדחף בהמה לבור האידנא אינו משלם אלא ג' וכו', ובפרישה כתב ששהדין של שור שדחף הינם דברי רבינו חזקיה, ומהם למד הטור שסובר כדבריו וכן עולה שהבין הקצות (ד). ובהלכה למשה על הרמב"ם (נזקי ממון יב, כא) כתב: ואיברא דזה תלוי בזה כמ"ש בשו"ע מכל מקום מי זה אמר לו דאלו הדברים הם דברי רבי חזקיה ומה הכרע מצא בזה אלא דעל מ"ש מקודם קאי וכמו כן כתב הה"ר חזקיה ז"ל והדין האחר הן הם דברי הר"י בעה"ט שכתב כן בסתמא לפי סברתו וכן משמע מדברי הרבינו ורש"ל ז"ל והב"ח והוא מדברי הגהות אשירי שכתוב כן בהדיא בס"פ הפרה..' ע"ש, ונ"מ לדברי הקצות שרצה לומר שאין מחלוקת בין ר' חזקיה לרמ"ה ושלא כטור.

(הב"י ציין שיש סתירה בתשובות מהר"ם (הובאו שניהם בתשובות מימוניות נזקי ממון יב,ג) כמי פסק בזה, והש"ך (ד) כתב שפסק כטור ושיש ליישב ב' התשובות יחד[250])

**הקצות (ד) הביא בתחילה ראיה לשיטת הטור מהגמרא בב"ק מו**: שם מבואר ע"פ המשנהשפרה נגחה שור ונמצא עוברה של הפרה בצדה ולא ידוע אם נגחה עם הולד או בלעדיו, ישנו ספק ממי ניתן לגבות, ובמידה והפרה אינה הנוגחת היחידית, אלא גם העובר, לא ניתן לגבות מהפרה את כל הנזק, ומשמע מכאן שאף כשלא ניתן לגבות הכל מאחד (הולד) לא ניתן לגבות זאת מהשני, וכן מבואר בתוס' שם (ד"ה גלית).

**אך דחה הקצות** שאין להוכיח מכאן משום שיש לומר שבשור תם זה שונה, משום שמרדע הנזק הוחלט השור, וכבר נחשב כאילו גבה הניזק את חובו, ולכן אינו יכול להתשלם מאחד מהם.

**ולפי זה כתב הקצותשאין ראיה שר' חזקיה שהובא בטור יחלוק על הרמ"ה**, משום שהוא אמר דבריו דווקא בעניין שור תם[251].

**עוד הוכיח הקצות שרש"י סובר כרמ"ה**, מפני שרש"י (ב"ק נג:) ביאר שכאשר אדם ושור דחפו יחד לבור, והמיתו אדם, יש לחייב את השור בכל הכופר, ולא את האדם ואחד הסיבות שיש לפטור את האדם משום שהוא מחוייב במיתה, ומבואר ברש"י במקום אחר (ב"מ צא.) שהפטור 'קים לי בדרבה מיניה' אינו פוטר מלשלם בדיני שמים, אלא שאין לנו יכולת לגבות ממנו ולכן אם תפס מן המחוייב בעונש חמור יותר אין מוציאים מידו, ולפי זה לפי שיטת הטור, לא היה לנו לחייב את בעכל השור בכל הכופר, והרי זה ממש דומה לדין של שור תם בימינו, שעל אף שאין גובים בזמן הזה, אין לחייב את השני.

**ובאולם המשפט דחה דברי הקצות וכתב** שיש לחלק דין שבו בעקרון ביי"ד יכולים לגבות אלא שכרגע אין לנו סמוכים, לבין דין שלעולם אינו נגבה בבי"ד.

לשון השו"ע:

**יש מי שאומר הוא הדין לשנים שהזיקו ושניהם בני חיובא, אלא שהאחד ברח או שאין לו במה לשלם, משתלם מהאחר עד שיעור מה שהיה הוא חייב על נזק זה אילו עשאו לבדו.**

**ויש חולקין דכיון דחבירו מדינא בר תשלומין אלא שאין לו מה לשלם, למה יפרע זה בשבילו.**

**ולפי זה שור שדחף בהמה לבור, האידנא אינו משלם אלא ג' חלקים; אף על פי שהשור פטור אף מהרביע, שהרי אין דנין דיני קנסות, אין בעל הבור משלם אותו בשבילו:**

## סעיף לח

**חופר בור ברשות הרבים ונפל עליו שור והרגו והוזק השור**

לשון השו"ע:

**החופר בור ברשות הרבים ונפל עליו שור והרגו, בעל השור פטור. ואם מת השור, נוטל בעל השור דמי שורו מיורשי בעל הבור:**

כן מבואר בגמ' בערכין בדף ז.

---

[250] ונראה שהישוב הוא ע"פ תשובת מהר"ם המופיע במרדכי (ב"ק סימן נה): המהר"ם עסק שם בשנים שמסרו ממון של אדם והיה אחד עני ואחד עשיר, והשאלה היא, אם מחוייב העשיר לשלם את דמי כל דמי המסירה.
וכתב המהר"ם שברמת העיקרון אם האחד אינו מחוייב לשלם, חייב חבירו לשלם דמי כל החוב ככללו של ר' נתן 'דאי ליכא לאשתלומי מהאי משתלומי מהאי' [והדוגמא שלו שם היא במידה ובעל הסעודה הוכה ע"י אחד מאורחיו, ומסר בעל הסעודה את אותו אורח וכתב 'אם אתם רגילים לפטור את בעל הסעודה לפי שהיה מוכה ואין אדם נתפש על צערו'] אך במידה ושניהם מחוייבים, אלא שאחד מהם עני ואינו יכול לשלם, לא ניתן להוציא מהעשיר יותר מחצי, משום שכללו זה של ר' נתו נאמר דווקא במידה ואחד מהמזיקים אינו בר תשלומים, אך במידה ושניהם מחוייבים לשלם, אלא שלאחד אין מהיכן לשלם, לא ניתן להוציא מהשני, ומבואר שאין כלל סתירה עיין בזה ודוק.

[251] עיין לעיל הערה 249 שלא פשוט שהדין בעניין שור תם הוא מדברי רבינו חזקיה.

# סימן תיח

## **נזקי האש פטורו וחיובו, וטמון באש וכל דיניו,** ובו יח סעיפים:

## סעיף א

### הגדרת אב המזיק- 'אש'

לשון השו"ע:

**אש הוא אב, דכתיב "כי תצא אש ומצאה קוצים"** (שמות כב),**והוא ממונו שהולך למרחוק ומזיק ע"י הרוח שמוליכו. לפיכך כל הדומה לו שהוא ממונו והולך ומזיק הוא תולדתו, ויש לו דין אש לפטור בו טמון:**

**מקור דין זה בגמ' בתחילת ב"ק.** שם בדף ב: מביאה הגמרא את דברי רב פפא שקובע שבתולדות נזיקין: 'יש מהן כיוצא בהן, ויש מהן שאינן כיוצא בהן'.

**ורצתה הגמרא**(ג:) לומר שבאש, התולדות אינו כיוצא בהן, והכוונה ל'אבנו סכינו ומשאו שנפלו מראש הגג'.

הדגמרא דחתה זו ואמרה שפשוט שבזה התולדות הינם ממש כאב במידה והלכו והזיקו, משום שכשם באש 'כוח אחר מעורב בהם וממונך ושמירתו עליך, גם בתולדות, כוח אחר מעורב בהם וממונך ושמירתם עליך.

**ועניין דין טמון יתבאר בע"ה בסעיף יג.**

## סעיף ב

### חיוב אש בשריפת עציו ואבניו ופטור במידה והרחיק

לשון השו"ע:

**כתיב "כי תצא אש" אפילו מעצמה, שהדליק בתוך שלו והלך ודלק בתוך של חבירו. אפילו לא שרפה אלא עציו ואבניו או שליחכה נירו חייב לשלם הכל, אלא אם כן הרחיק כשיעור.**

**אבל אם הרחיק כשיעור ויצא והזיק פטור.**

הגה: וכל זה במדליק בתוך שלו, אבל במדליק בתוך חבירו אפילו עברה כמה מילין חייב.

- החיוב כשאכלה האש עצים ואבנים מבואר במשנה בב"ק ס.
- הפטור במידה והרחיק מבואר במשנה בדף סא: שם דנה המשנה באיזה מרחק יש לפטור מן החיוב, ושיעורים אלו יבוארו בסעיף הבא.
- דינו של הרמ"א לחייב בכל מרחק שהוא שכשהדליק בתוך של חבירו, מקורו בראי"ש (ב"ק ו יג) שדייק כן מלשון המשנה: 'המדליק בתוך שלו' ומשמע שדווקא בתוך שלו, יש לפוטרו במידה והרחיק כראוי.

## סעיף ג

### שיעור הרחקת אש הפוטר מן ההיזק

לשון השו"ע:

**וכמה שיעור ההרחקה? הכל לפי גובה הדליקה. ואם לא הרחיק כראוי ועברה האש והזיקה, חייב לשלם נזק שלם:**

**המשנה בב"ק סא**: מביא 3 דיעות ביחס לשיעור ההרחקה הפוטר מן הדליקה, ונפסק כר' שמעון שהכל לפי הדליקה, וכביאורו של רב יוסף בשם רב יהודה בשם שמואל שאין הכוונה שלעולם יש לחייבו אף במידה והרחיק, אלא ששיעור ההרחקה תלוי בגובה הדליקה.

## סעיף ד

### אש שעברה נהר או גדר

לשון המשנה והגמרא בב"ק סא.

**מתני'**. עברה גדר שהוא גבוה ד' אמות, או דרך הרבים או נהר - פטור.

**גמ'**...או נהר.

**רב אמר**: נהר ממש,

**ושמואל אמר**: אריתא דדלאי.

מ"ד נהר ממשאף על גב דליכא מיא.

ומ"ד אריתא דדלאי, אי אית ביה מיא אין, אבל לית ביה מיא לא.
**הרמב"ם** (נזקי ממון פרק יד הלכות ב-ג)**פסק** שהפטור במידה ועברה נהר או שלולית הוא דווקא במידה שיש בהם מים ורחבן ח' אמות.
**וביאר הב"י שסבר** שנחלקו רב ושמואל בנהר ממש אם יש צורך שיהיו בו גם מים, והלכה כשמואל ב'דיני' שצריך גם רוחב של נהר, וגם מים (ושיעור נהר ח' אמות כמבואר בגמרא שם).
**אמנם הטור פסק** שבמידה והנהר רחב ח' אמות פטור על אף שאין בו מים, וכשיש בו מים פטור אף בפחות מכאן.
**וביאר הב"י** שסבר הטור שלא נחלקו רב ושמואל בדין, ושניהם מודים שיש לפטור בנהר על אף שיש בו מים, ובמקום שיש בו מים על אף שאינו נהר.
**השו"ע סתם כרמב"ם.**
**והרמ"א הביא את דעת הטור.**
לשון השו"ע:

**הרחיק כראוי ועברה והזיקה פטור, שזו מכה בידי שמים היא. וכן אם עברה נהר או שלולית שיש בהם מיסורחבם שמנה אמות, פטור.**
(ויש אומרים דאם הנהר רחב שמונה אמות, אפילו אין בו מים, והיאור, אפילו כל שהוא ויש בו מים, פטור) (רא"ש וטור).
**עברה גדר, אומדים גובה הגדר וגובה הדליקה והעצים והקוצים המצויים שם, אם אינה ראויה לעבור פטור. ואם ראויה לעבור, חייב.**

## סעיף ה

### מה הדין כשהלהבה גבוהה מן הגדר?

לשון השו"ע:

**במה דברים אמורים: באש הקודחת. אבל אם היה להב גדול העולה ונכפף מגובה עליית הלהב, והיו עצים מצויים שם, אין לה אומד. אלא אפילו עברה אלף אמה חייב.**
שם בגמרא ב"ק סא. וכדעת רב, משום שהגמרא הביאה ברייתא שמסייעת לו.

## סעיף ו

### גדר גדר ונפלה שלא מחמת הדליקה ויצאה אש והזיקה

**הגמ' בב"ק כג.** דנה במחלוקת שתבואר בע"ה לקמן אם החיוב באש הנובע מכך שיש להחשיבו כחיציו של האדם, אושהחיוב נובע מכך שהאש נחשב כממונו המזיק.
**הגמרא שם שואלת** שלפי השיטה הסוברת שהחיוב באש הינו משום שהוא חיציו של האדם, לא מובן באיזו מציאות ניתן לפטור על טמון אש, והלא חיציו הזיקו.
**ומשיבה הגמ'** שאף שיטה זו מודה שאף כשאין האש מוגדר כחיציו, יש לחייב את האדם מדין 'ממונו המזיק'. לפי זה מבואר שפטור טמון באש יתקיים לפי שיטה זו במציאות שהיה לו לגדור בעד האש ולא גדר, וכתוצאה מכך יצאה האש והזיקה. במקרה זה, יש לחייבו על מה שהזיק בגלוי מדין ממונו המזיק כדין שור שהזיק כשלא נעל בפניו כראוי, ומכול מקום יפטר במידה והזיק טמון, שלא חייבה תורה על טמון באש (ולקמן בסעיף יג נביא שנחלקו הראשונים האם גם למסקנת הגמרא, יש לחייב בטמון במידה ולא גדר)
**א"כ עולה מן הגמרא** שיש לחייב על היזק אש, אף במידה והיה גדר ונפל, והיה בידו לגדור ולא גד, וכן פסק השו"ע:

**נפלה דליקה בחצרו ונפל גדר שלא מחמת הדליקה ועברה הדליקה בחצר אחרת, אם היה יכול לגדור הגדר שנפל ולא גדרו, חייב. למה הדבר דומה? לשורו שיצא והזיק, שהיה לו לשומרו ולא שמרו.**

## סעיף ז

### שולח בערה ביד חרש ושוטה וקטן

**במשנה בדף נט: נאמר:** 'השולח את הבערה ביד חרש שוטה וקטן - פטור בדיני אדם וחייב בדיני שמים'.
הגמרא מביאה מחלוקת באיזו מציאות מדובר:
**לדעת ריש לקיש בשם ר' חזקיה** המשנה פטרה דווקא במציאות שמסר גחלת לקטן שלובתה לאחר מכן, אך במידה ומסר שלהבת לקטן הוא חייב משום שבזה מעשיו גרמו להיזק.
**אמנם לדעת ר' יוחנן**, יש לפטור אף במציאות שמסר שלהבת לקטן, והסיבה לפטור בזה הוא משום בסופו של דבר הנזק נוצר מחמת 'צוותא' של החרש.[בדף ט: ביאר רש"י בפירושו הראשון שאחיזתו של

חרש גרמה ההבער שהוא נטלה והוליכה לגדיש, מה שאין כן בבור ושורובפירושו השני כתב שהכוונה שיחודו של החרש עם האש גמרה להיזק].

**הרמב"ם** (נזקי ממון יד, ה) **והרשב"א**(ב"ק ט: ד"ה 'אילימא) פסקו כריש לקיש בשם חזקיה, ונימק זאת הרשב"א משום שחזקיה רבו של ר' יוחנן, **וכן פסק השו"ע.**

לשון השו"ע:

**השולח את הבעירה ביד חרש, שוטה וקטן, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים. במה דברים אמורים? כשמסר להם גחלת וליבוה** (פי' מענין לבת אש) (שמות ג)**. שדרך הגחלת להכבות מאליה קודם שתעבור ותדליק. אבל אם מסר להם שלהבת חייב, שהרי מעשיו גרמו:**

## סעיף ח

### שלח בעירה ביד פקח, או שהניח שומר שישגיח על הבעירה

לשון השו"ע:

**שלח הבעירה ביד הפקח שהבעיר, חייב לשלם והשולח פטור. וכן אם הניח שומר לשמור הבעירה, השומר חייב:**

- בענין פטור המשלח כששלח הבעירה ביד פיקח- כן מבואר במשנה בדף נט: מבואר
- **ובעניין הדין** שאם הניח שומר, פטור-מקורו ברמב"ם (נזקי ממון יד, ו) וכתב המגיד משנה שלמד כן מדיני שאר המזיקים עליהם מבואר שהשומרים נכנסים תחת הבעלים.

### האם המשלח חייב בדיני שמים ומה הדין כשאין לשליח לשלם

**הפת"ש (א) ציין לדברי הש"ך בסימן לב**, שם עסק בשאלה, אם יש לחייב בדיני שמים את האדם ששלח אדם אחר לעשות היזק.

**שם דן הש"ך בדברי תוספות**(ב"ק נו. ד"ה 'אלא לחבריה')**שכתבו** שדווקא השוכר עדי שקר ועל פיהם הוציאו ממון מחבירו שלא כדין חייב בדיני שמים, אבל אם רק אמר להם להעיד עדות שקר, אינו חייב אף בדיני שמיממשום שסבור שלא ישמעו לו,(הרמ"א פסק דבריהם בסימן לב סעיף ב)

**הש"ך הקשה על דברי התוספות** מהגמרא בקידושין מג. שם נאמר "האומר לשלוחו צא הרוג את הנפש השליח חייב והמשלח פטור ושמאי אומר שהמשלח חייב והעמידה הגמ' ששמאי מתכוין שחייב ידי שמים ותמהה הגמ': 'מכלל דת"ק סבר אפילו בדיני שמים פטור', ותירצה הגמרא: 'דינא רבה וזוטא איכא בנייהו'(עונש גדול ועונש קטן-רש"י)כלומר, הגמ' מבינה שאע"פ שאין שליח לדבר עבירה, ודאי שחייב לשלם כדי לצאת ידי שמים.

**ולכן כתב הש"ך** שאע"פ שלא שכרן אלא אמר להם להעיד שקר חייב ידי שמים. ומה שכתוב שהפקח חייב ולא כתוב שהמשלח חייב לצאת ידי שמים זאת משום שברור שאחרי שהפקח משלם, לא שייך לומר שהמשלח גם כן יצטרך לשלם, והביא שכן כתב הריטב"א (קידושין מ"ב :), וכתב הש"דשמה שכתוב 'השוכר' הינו 'אורחא דמילתא'משום שמסתמא לא יעידו לו שקר בחינם שלא יחטאו בלא שיהנו מכך.

[**עיין בקצות שם שדחה דבריו וכתב לחלק** בין חובת תשלומים ידי שמים שפטור, לבין עונש בידי שמים שבזה ודאי חייב עי"ש].

**הפת"ש הביא את דברי הבית שמואל אחרון**(סימן יב)**שהקשה על דברי הש"ך,**שלשיטתו לא מובן מדוע לא אמרה הגמרא שיש לחייב את המשלח, במידה ולא יהיה לפיקח ממה לשלם.

**ותירץ הב"ש אחרון** שיתכן שהיות ולא גרם לניזק היזק ברור שהרי יכול הפקח לשלם, לכן אינו חייב אף בכדי לצאת ידי שמים.

לשון השו"ע:

**שלח הבעירה ביד הפקח שהבעיר, חייב לשלם; והשולח פטור. וכן אם הניח שומר לשמור הבעירה, השומר חייב.**

## סעיף ט

### מי חייב כאשר יש שותפים רבים בהדלקת האש?

### אחד המביא את האור ואחד מביא את העצים וכו'

לשון המשנה בב"ק נט:

אחד הביא את האור ואחד הביא את העצים - המביא את העצים חייב.

אחד הביא את העצים ואחד הביא את האור - המביא את האור חייב.

בא אחר וליבה - המלבה חייב.

ליבתה הרוח - כולן פטורין

**התוספות**(ד"ה ליבתה) בעניין 'ליבתה הרוח- כולם פטורין'**הביאו את דעת ר"י** שסבר שמדובר ברוח מצויה, ואעפ"כ פטורים, וביאר שאין להקשות מדוע שלא נחייב לכל הפחות את האחרון, שהרי ע"י רוח מצויה הזיקו אשו, וזאת משום שיש לתרץ שמדובר כשליבה האחרון יחד עם הרוח שיש לפוטרו וכפי שיובא לקמן.
**אמנם תוס' השיגו על דבריו ופירשו** שמדובר ברוח שאינה מצויה ולכן יש לפטור אף את המלבה האחרון.
**הב"י הביא את מסקנת תוספות** שמדובר ברוח שאינה מצויה.
**והוסיף הב"י בשם המגיד משנה שבירושלמי**(פרק ו הלכה ד)**מבואר יותר** שכל שהרוח אינה מצויה תמיד, אלא לפעמים אף על פי שהיא באה לעיתים קרובות, כבר יש להגדירה כרוח שאינה מצויה ולפטור את כולם, ואין צריך לומר רוח סערה.
**עוד כתב המגיד משנה**, שבמידה והרוח שאינה מצויה כבר נשבה, כשהגיע האחרון, יש לחייבו. (כל הדברים הללו מופיעים גם בתוספות)

## ליבה וליבתהו הרוח

לשון הגמרא בב"ק דף ס:

**ת"ר:** ליבה ולבתה הרוח, אם יש בלבויו כדי ללבותה - חייב, ואם לאו - פטור.

**אמאי?** ליהוי כזורה ורוח מסייעתו!

**אמר אבי:** הכא במאי עסקינן - כגון שליבה מצד אחד, ולבתו הרוח מצד אחר.

**רבא אמר:** כגון שליבה ברוח מצויה, ולבתו הרוח ברוח שאינה מצויה.

**ר' זירא אמר:** כגון דצמרה צמורי.

**רב אשי אמר:** כי אמרינן זורה ורוח מסייעתו - ה"מ לענין שבת, דמלאכת מחשבת אסרה תורה, אבל הכא גרמא בעלמא הוא, וגרמא בנזקין פטור.

**הגמרא מביאה ברייתא הקובעת** שאדם שליבה את האש בסיוע רוח, מחוייב רק במידה והיה בליבוי שלו לבדו בכדי להדליקה.
**התוספות**(ב"ק ס. ד"ה 'ליבה ולבתה')**והרא"ש ביארו** שהגמרא עוסקת במציאות שלא היה בכוח הרוח לבד בכדי להדליק את האש, שאם היה בכוח הרוח לבד בכדי להדליק, לא היה לנו לחייבו אך במידה ויכלה האש להדלק אף מכוח ליבויו בלבד, וזאת משום שאף בלא מעשיו היתה האש מזיקה
(ועיין רשב"א (ב"ק ס. ד"ה 'ת"ר') שסבר שהחיוב כשליבה, הוא אף כשיכלה הרוח לעשות כן לבד, ומדינא דר' נתן שיש להטיל את החיוב על על אחד לבדו).
**הגמרא מתקשה** מדוע יש לפוטרו במידה וליבה יחד עם הרוח, והרי זה כזורה ורוח מסייעתו שחייב בשבת משום מלאכת 'זורה', על אף שלא יכל לבצע פעולה זו ללא הרוח.
**הגמרא מביאה מספר תירוצים לקושיא זו:**

- **אביי תירץ** שהברייתא פטרה דווקא במציאות שהאדם ליבה מצד אחד והרוח מצד אחר.
  [**רש"י ביאר** שפטור משום שבפועל ליבויו לא הועיל.
  **תוס'**(ב"ק ס. ד"ה 'ליבה ולבתה') **כתבו בשם ר"י** שפטור משום שלא היה לו להעלות על דעתו שתבוא רוח מצד שני ויש להחשיב זאת כרוח שאינה מצויה.
  **עוד ביארו תוס'** שהיות והמצד שלו הייתה האש נכבת, והאש התחזקה רק מכוח שני להבות שונות(של מה שהוא ליבה ושל מה שליבתה הרוח), יש לפוטור משום שעל השלהבת שליבתה הרוח, הוא לא סייע כלל].
- **רבא תירץ** שהברייתא פטרה רק במידה והאש לובתה על ידי רוח שאינה מצויה, (ולא העלה על דעתו שתבוא רוח כזו-רש"י)
- ר' זירא תירץ שהברייתא עסקה במציאות שהאדם הדליק את האש על נשימה [צמרה צמורי], וביאר רש"י שהוא פטור משום שאין בזה 'ליבוי כלל'.
  ובתוספות (ד"ה ר' זירא') ביארו שאין דבר שכיח שהנשימה החמה והרוח הקרה יצטרפו יחד לליבוי האש, ולכן לא העלה על דעתו ופטור.
- **רב אשי תירץ** שיש חילוק בדין בין גרמא בשבת שיש לחייב,לבין 'גרמא בנזיקין שיש לפטור.

**הרי"ף והרא"ש הביאו רק את תירוצו של רב אשי**, ויוצא לפיכך שיש לפטור בכל אופן שליבה עם הרוח ולא היה בליבויו שלו בכדי ללבות את האש לבד, וכן פסק הטור, אך כתב שזאת דווקא במציאות שלא יכלה הרוח ללבות לבדה, שאם יכלה לבדה, יש לפוטרו, וכפי שהבאנו לעיל בשם תוס' והרא"ש.
**אמנם הרמב"ם** (נזקי ממון יב, ז) **פסק** שיש לחייב על המלבה יחד עם הרוח, ולא חילק בין מציאות שיש בליבויו בכדי ללבותה, למציאות שאין בליבויו בכדי ללבותה.
**המגיד משנה והב"י ביארו** שהסיבה שפסק כן הוא משום שלא פסק כרב אשי, אלא כהעמדות האחרות שהביאו האמוראים שכל הפטור במידה וליבה יחד עם הרוח, זה דווקא במקרים מסויימים, כגון 'שליבה מצד אחד והרוח מצד אחר, או רוח שאינה מצוי, או בנשימה, ולכן סתם כך יש לחייב.

**אמנם מכול מקום נותר המגיד משנה בקושיא על הרמב"ם,** משום שהגמרא בב"ב בדף כו: תלתה דין זה בדינו של העושה גורן בתוך שלו, ובאה רוח והעיפה את המוץ לשדה חבירו והזיקתו, וקבעה שם הגמרא שעל אף שמחוייב להרחיק, אין לחייבו על כך, משום שזהו גרמא בנזיקין כדין 'הזורה ורוח מסייעתו', והרמב"ם בהלכות שכנים (יא, ב) פסק זאת להלכה, ונראה שזה כדברי רב אשי שלעולם יש לפטור, וא"כ היה לנו לפטור אף בנדון דידן.

**הב"י כתב** שאין כלל קושי בזה, משום שהרמב"ם בהלכות שכנים ביאר שפטור משום שהנזק לא באה מכוח המזיק, וכוונתו שהמניח מוץ לא התכוון להיזק, מה שאין כן בנדון דידן, שהמלבה כיוון ללבות את האש, ובזה יש לחייב אף כשהרוח מסייעתו.

**הש"ך (ד) כתב** שלא יתכן לומר שפסק הרמב"ם שלא כרב אשי, שהרי כלל נקוט בדינו שהלכה כרב אשי נגד אותם אומרים, ועוד שהרי הרמב"ם לא הביא את דין הברייתא כלל לפי ביאור אותם אמוראים, ומבואר ברמב"ם שהסיבה שחייב, היא משום שזהו גרמא, וזאת לשיטתו שאין חילוק בין 'גרמא' ל'גרמי', כמבואר לעיל בסימן שפו, ואת הברייתא יש לפרש כרב אשי, אך אינה להלכה, משום שהברייתא סוברת שיש לפטור ב'גרמא'.

**ומכול מקום אף הש"ך הודה שיש קושי** בכך שבהלכות שכנים פטר על המוץ שהזיקה ע"י הרוח, על אף שהגמרא הגבילה זאת לדין ה'זורה ורוח מסייעתו'.

**ועל כך תירץ הש"ך** שבעניין הזורה ורוח מסייעתו, הרוח מסייעת לכוונת האדם ולכן יש לחייב כדין כל מזיק ב'גרמא', אבל כשהניח מוץ בחצירו, הרוח עשתה היפך כוונתו, שהרי ברצונו הייתה שתשאר שם, ולכן בזה אין לחייבו, וכתב שיתכן שלזה כיוון הב"י, וכתב הש"ך שאין להקשות מנין הרמב"ם למד שיש לחייב במקרה שם, והלא האמוראים שחייבו להרחיק שם, השוו זאת לזורה ורוח מסייעתו, ולא כתבו שיש לפוטרו מן החיוב, וביאר הש"ך שהיות ורבינא סבר שמותר לכתחילה לסמוך את המוץ, לא מסתבר שאותם אמוראים חלקו עליו עד כדי כך גם לחייב על הנזק, ומכאן למד הרמב"ם לחלק בין זורה ורוח מסייעתו למניח מוץ בגרון.

**וכתב הש"ך:** 'והיה לבי נוקפי קצת על מה שפרשתי בדעת הרמב"ם שטה אחרת בש"ס...עד שמצאתי תודה לאל ראיה ברורה לדברי בראב"ן (פרק הגוזל קמא בספרו)' , והביא שכתב שיש לחייב כשליבה ולבתו הרוח משום 'דינא דגרמי', ויש לפטור במניח משום שלא כיון לנזק, וכפי שחילק הש"ך.

**הנתיבות בסימן קנה ס"ק יח הקשה על דברי הש"ך** במה שתירץ שהועיל והרוח עשתה היפך כוונתו אין לחייב על המניח מוץ, שאינו מובן במה זה שונה מהמניח את אבנו סכינו על הגג, ובאה רוח מצויה והעיפתו שחייב, ואע"פ שכל כוונתו שאותם דברים יהיו מונחים על הגג?

**על כן תירץ הנתיבות** שעיקר החילוק הוא בין נזקי ממון להזקי שכנים, שכל חיוב על נזקי ממון נובע מחות השמירה, ולא חייבו חכמים את השכן לשמור שאותו אופן שחייבו על נזקי ממונו בחוץ, משום אם יהיה מחוייב האדם לשמור שלא יזיקו, יתבטל תשמישו מהם לגמרי, ולכן לא חייבתו התורה לשמור, וממילא אינו מחוייב לשלם אם הזיק, ועל הניזק החובה להשמר שלא ינזק, והוא יכול להשמר בזה, משא"כ בשאר אבות נזיקין אין הניזק יכול להשמר שלא יוזק, שהרי אינו יודע מתי יבא המזיק, ולכן בזה על המזיק להשמר, הואיל והוא יכול להשמר. (ומכול מקום ביאר שעל גץ היוצא תחת פטישו מחויב לשלם, משום בזה נוח לו שהגץ ילך מחוץ למקומו כפי שמבואר שם בגמרא)

**השו"ע פסק כרמב"ם** שיש לחייב על מציאות שליבה וליבתו הרוח, ולא חילק בזה.

**הרמ"א** הביא בלשון 'ויש אומרים' שהחיוב הוא רק כשלא היה בליבוי שלו בכדי ללבות וכדברי הברייתא, וכן דווקא כשאין בכוח הרוח ללבות לבד, וכדברי תוספות והרא"ש שהבאנו לעיל.

## שנים שלבו אש יחד ולא היה בכל אחד לבדו בכדי להדליק

**פסק הרמ"א בשם המרדכי** (ב"ק סימן סב) שכאשר שנים לבו יחד אש, ולא היה בכל אחד ללבות לבדו, שניהם פטורים.

**ואף תוס'**(ב"ק ס: ד"ה "והכא גמרא בנזיקין)**כתבו** שנראה שכך יש ללמוד מהמבואר בברייתא שכשאין בכוח הליבוי שלו להבעיר לבד, אינו חיב, אך תוס' סיימו וכתבו: 'ותימה הוא'.

**ובערוך השולחן (לב) כתב:**'אבל הסברא תמוה ששני בני אדם שעשו נזק כאחד יפטרו ע"פ מה שאחד לבדו לא היה יכול לעשות הנזק, והרי גם במלאכת שבת קיי"ל דזה אינו יכול וזה אינו יכול חייב [שבת צ"ג א] וצ"ל דס"ל דאינם אלא כמסייעים לנזק ומסייע אין בו ממש כשאין כל אחד עושה כל הסיוע וגם זה תמיה גדולה'.

לשון השו"ע:

**אחד הביא את האור, וא' הביא את העצים, המביא את העצים חייב. אחד הביא את העצים ואחד הביא את האור, המביא את האור חייב. בא אחר וליבה, המלבה חייב. ליבתו רוח שאינה מצויה תמיד, הרי כולם פטורים**:

(ואם הרוח מצוייה האחרון חייב) (טור ס"ד). ( וכן אם היה הרוח שאינה מצויה, ומנשב בשעה שבא האחרון לשם, האחרון חייב) (המגיד פי"ד דב"מ).

**ליבה וליבתו הרוח, חייב.**

הגה: וי"א דאין המלבה חייב אלא כשיש בליבוי שלו כדי ללבות, ואין ברוח לבד כדי ללבות. אבל אין בכל אחד כדי ללבות, או שיש בכל אחד כדי ללבות, פטור (טור וב"י בשם הראב"ד והרא"ש).
וי"א דהוא הדין אם שנים לבו ואין בכל אחד כדי ללבות, פטורין (מרדכי פרק הכונס).

## סעיף י

### עשה אחד האש ובא אחר והוסיף

לשון השו"ע:

**עשה אחד האש, ובא אחר והוסיף, אם יש במה שעשה הראשון כדי שתגיע למקום שהלכה הראשון, חייב; ואם לאו, הראשון פטור והאחרון חייב:**

כן עולה מהגמרא בב"ק י.-: ע"פ ביאור רש"י, וזה לשון הגמרא:

תנו רבנן: הכשרתי מקצת נזקו - חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו.

כיצד? החופר בור תשעה, ובא אחר והשלימו לעשרה - האחרון חייב.

מתקיף לה רב ששת והא איכא: מרבה בחבילה! היכי דמי?

אי דבלאו איהו לא אזלא, פשיטא! אלא דבלאו איהו אזלא, מאי קא עביד.

**וביאר רש"י:** '**מרבה בחבילות** - שריבה חבילות זמורות בהדלקה של חבירו וקירבה ע"י החבילות לגדיש אחרים שהיה בדין שיהא הוא חייב ולא הראשון'.

**אמנם הרמב"ם**(חובל ומזיק פרק ו הלכה יד) הבין שהגמרא לא עסקה בענייני אש, אלא בהוספת משקל עודף על בהמה, וזה לשונו:

**חמשה שהניחו חמשה חבילות על הבהמה ולא מתה ובא זה האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותן החבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב, ואם מתחלה לא היתה מהלכת האחרון פטור, ואם אין ידוע כולן משלמין בשוה.**

**השו"ע** פסק את ביאור הרמב"ם בסימן שפג סעיף ד.

## סעיף יא

### הכופף את קומתו של חבירו בפני הדליקה

**מבואר בברייתא בדף נה:** שהכופף פטור מדיני אדם וחייב מדיני שמים.

**הגמרא בדף נו מסבירה** שמדובר כשהאש מגיעהלקמה ברוח שאינה מצויה, אך מידה והיא מגיעה אף ע"י רוח מצוייה- יש לחייבו אף בדיני אדם.

**המגיד משנה**(נזקי ממון, יד, יד)**כתב**שאם הרוח שאינה מצויה כבר נשבה בזמן שכפף, חייב בכל עניין.

**השו"ע פסק** ע"פ הגמרא שיש לחייב את הכופף קמתו של חבירו לפני הדליקהבמקום שתוכל הדליקה להגיע ברוח מצויה, ואם אינה יכולה להגיע ברוח מצויה, חייב רק מדיני שמים.

**הרמ"א הוסיף את דברי המ"מ** שאם כפפה כשהרוח שאינה מצויה כבר מנשבת חייב.

[ובטעם החיוב בכופף קמתו כתבו תוס' (נו.) שהוא משום 'אשו משום חיציו' ו'מה לי מקרב אש אצל הדבר ממקרב דבר אצל האש' **אמנם הרא"ה** (הובא בשטמ"ק) חלק על תוס' וכתב שהחיוב אינו מכוח אש, אלא מכוח היזק בגרמא.
**ותוס' בסנהדרין**(עז ד"ה סיף) **בתירוצם השני כתבו** אפשרות שהחיוב הוא משום אש, אך כ'ממונו' ולא כ'חיציו', וממילא אין זה נחשב ככוחו של האדם.
ויש להבין את דברי תוס' אצלינו שכתבו שהחיוב הוא משום חיציו, שלכאורה לא ניתן לומר שהאש הוא כוחו כאשר מעולם לא נגע בו, ויתכן שכוונת תוספות שהחץ הינו האש אל הדבר, ואנו רואים את החפץ כמתקרב אל האש.
ומצאתי כדברי בספר 'החשמל לאור הלכה' (סימן ב עמוד פג) לרב שמואל אהרון יודלביץ שכתב: 'ונראה לומר דמקרב הדבר אצל האש דהוי חיציו אין זה אלא דחשבינן דהוי כאילו איבדו בידים באש כיון דקירב הדבר אצל האש... אמרינן דהוי כאילו הוא איבדו בידים אבל אין אנו מיחסים הפעולות שהאש עושה כאילו הוא עשה ולכן אין אנו מיחסים פעולת ההבערה כאילו הוא הבעיר דבזה אין שום סברא לומר דכיון דקירב הדבר אצל האש דהוי כאילו הבעיר כיון דבאמת הוא לא הבעיר כלל, ועיין עוד בזה בשיעורנו להלכות שבת 'האם מותר לשים תבשיל שאינו מבושל על פלאטה כבויה באופן שתדלק ע"י שעון שבת'?].

לשון השו"ע:

**הכופף קמתו של חבירו לפני הדליקה, כדי שתגיע בה הדליקה, אם כפפה במקום שתוכל הדליקה להגיע ברוח מצויה, חייב לשלם; ואם אינה יכולה להגיע ברוח מצויה, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.** (ואם הרוח שאינה מצויה כבר מנשב, ואח"כ כפפה, חייב בכל ענין) (המגיד הנ"ל).

## סעיף יב

### גמל הטעון פשתן שגרם להתפשטות של אש

לשון המשנה בב"ק סב:

גמל שהיה טעון פשתן ועבר ברשות הרבים. ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקו בנרו של חנוני והדליק את הבירה - בעל גמל חייב.

הניח חנווני נרו מבחוץ - חנווני חייב.

ובגמרא בדף כב.

**אתמר**:

**ר' יוחנן אמר**: אשו משום חציו.

**וריש לקיש אמר**: אשו משום ממונו. ...

**תא שמע**: גמל טעון פשתן...

**בשלמא** למ"ד אשו משום חציו, חציו דגמל הוא.

אלא למ"ד משום ממונו, האי אש לאו ממונא דבעל גמל הוא!

**אמר לך ריש לקיש**: הכא במאי עסקינן - במסכסכת כל הבירה כולה.

אי הכי, אימא סיפא: אם הניח חנווני נרו מבחוץ - חנווני חייב, ואי במסכסכת אמאי חייב? בשעמדה.

עמדה וסכסכה, כ"ש דחנווני פטור ובעל גמל חייב!

**אמר רב הונא בר מנוח משמיה דרב איקא**: הכא במאי עסקינן - כגון שעמדה להטיל מימיה,רישא בעל גמל חייב, דלא איבעי ליה לאפושי בטעינה, סיפא חנווני חייב, דלא איבעי ליה לאנוחי נרו מאבראי.

**המשנה עוסקת** במציאות שגמל היה טעון בפשתן והצית פשתנו בנר של חנות סמוכה וע"י זה הוזק בית, וקבעה המשנה שבמידה והגמל נכנס לתוך החנות, והוצת הפשתן מהנר מתוך החנות- בעל הגמל חייו, ובמידה והוצת מנר שהיה בחוץ- החנווני חייב.

**ובגמרא שהבאנו מבואר** שלדעת ר' יוחנן מובן דין זה כפי שהוא, כלומר,שאף במידה והאש התפשטה והזיקה את הבירה, יש לחייב את בעל הגמל, משום שחיציו של הגמל הזיקו, אך לדעת ריש לקיש צריך לבאר שמדובר במציאות שהבירה הוצתה מהאש הישיר הנמצא בתבן הגמל, ולא מהתפשטות שלו, משום שאש זה אינו ממונו של בעל הגמל, כמו כן לשיטת ריש לקיש יש להעמיד שמדובר שבעל הגמל היה אנוס, משום שהבהמה עמדה להטיל מימיה, ולכן יש לפוטרו במידה ועמדה מחוץ לחנות, ורק אם עצרה בפנים יש לחייבו, משום שלא היה לו להעמיס על הגמל ברמה כזאת שיצטרך להכנס לתוך החנות.

**להלכה נפסק כר' יוחנן**, שהחיוב באש הוא משום חיציו, וממילא מבואר שיש לחייב את בעל הגמל אף כשהאש התפשטה מכוח הגמל, **וכן פסק הרמב"ם**(נזקי ממון יד, יג).

**ומכול מקום הרמב"ם** לקח את הטעמים שהביאה הגמרא לחיוב ולפטור כפי שביארה בהעמדתה לדעת ר"ל, שבעל הגמל חייב משום שלא היה לו להעמיס עליה יותר מדי, ובעל הנר חיב שלא היה לו להניחו בחוץ, **ומדברי הרמב"ם נשמע** שיש לחייב את בעל הגמל היזק, שלם, היות ולא חילק בזה

**אמנם הטור כתב** שיש חילוק בין מה שהוזק באופן ישיר מאש הגמל- שבזה חייב נזק שלם, לבין מה שהוזק מהתפשטות האש- שחייב על כך רק חצי נזק.

**וביאר הב"י** שהטור למד כן מסוגיית 'כלב שנטל חררה' (המופיע בתחילת הסוגיא בדף כב. עיין לעיל בסימן שצב עמוד 333), ממנה עולה שאשו של כלב מוגדר כ'צרורות' וחייב רק חצי נזק, וא"כ הוא הדין לענין אש הגמל(ופלא על הרמב"ם שהרי כן מפורש בסוגיא, ועיין באבן האזל וביד פשוטה).

**השו"ע** סתם כרמב"ם.

**והרמ"א הביא את דברי הטור.**

## האם יש לפטור את החנוני שהניח נר בחנוכה בחוץ?

**שם במשנה סבר ר' יהודה** שבנר חנוכה יש לפטור את החנוני, הואיל והדליק בחוץ מחמת המצוה.

**אך הפוסקים לא פסקו כן**, אלא כסתימת ת"ק שיש לחייב אף בזה.

לשון השו"ע:

**גמל שהוא טעון פשתן, ועבר ברה"ר ונכנס פשתנו לתוך החנות ודלקה בנרו של חנוני והדליק את כל הבירה, בעל הגמל חייב, מפני שהרבה במשאוי, בין שעמדה הבהמה בין שלא עמדה. ואם הניח החנוני נרו מבחוץ, הוא חייב לשלם אף דמי הפשתן לבעל הגמל, ואפילו הוא נר חנוכה, שהיה לו לישב ולשמור שלא יזיק.**

הגה: וי"א דאם הדליקה במקום אחד ונתפשט האש למקום אחר, חייב על מקום האש נזק שלם ועל השאר חצי נזק. ואם הגמל סכסך האש בכל הבירה, חייב על כולו נזק שלם (טור ס"ו), ועיין לעיל סימן שצ"ב חלוקין אלו:

## סעיף יג

### פטור טמון באש

לשון המשנה בב"ק דף סא:

המדליק את הגדיש והיו בו כלים ודלקו.

**ר"י אומר:** משלם מה שבתוכו.

**וחכ"א:** אינו משלם אלא גדיש של חטין או של שעורין.

היה גדי כפות לו ועבד סמוך לו ונשרף עמו - חייב, עבד כפות לו וגדי סמוך לו ונשרף עמו - פטור. ומודים חכמים לר"י, במדליק את הבירה שהוא משלם כל מה שבתוכה, שכן דרך בני אדם להניח בבתים.

ובגמרא:

**אמר רב כהנא:** מחלוקת - במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בתוך של חבירו:

דר' יהודה מחייב אנזקי טמון באש, ורבנן פטרי.

אבל במדליק בתוך של חבירו - דברי הכל משלם כל מה שבתוכו.

**א"ל רבא:** אי הכי, אדתני סיפא: מודים חכמים לר"י, במדליק את הבירה שמשלם כל מה שבתוכה, שכן דרך בני אדם להניח בבתים, לפלוג וליתני בדידה: בד"א במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בתוך של חבירו, אבל מדליק בתוך של חבירו - דברי הכל משלם כל מה שהיה בתוכו!

**אלא אמר רבא:** בתרתי פליגי.

פליגי במדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בתוך של חבירו, דר"י מחייב אטמון באש, ורבנן סברי: לא מחייב.

ופליגי נמי במדליק בשל חבירו, דר"י סבר: משלם כל מה שבתוכו ואפילו ארנקי, ורבנן סברי: כלים שדרכן להטמין בגדיש, כגון מוריגין וכלי בקר - הוא דמשלם, כלים שאין דרכן להטמין בגדיש לא משלם.

**המשנה מביאה מחלוקת תנאים בין ר' יהודה לחכמים** בדבר המדליק את הגדיש והיו בו כלים ודלקו:

**לדעת חכמים** (עפ"י שיטת רבא שם)**:** אם הדליק בתוך שלו והלכה ואכלה בשל חבירו, והיו טמונים דברים בתוך גדישו של חבירו, השורף פטור על אותם דברים, הואיל וחכמים פוטרים בנזקי טמון באש. אבל אם שרף בשל חבירו, חייב אף על מה שהיה בתוכו ואין בו פטור טמון, ובזה יש חילוק בין שורף גדישו לשורף ביתו, שבשורף ביתו חייב על כל מה שהיה בבית, הואיל ודרך להטמין כל דבר בבית, אבל בשורף גדישו אינו חייב אלא על מה שדרך אנשים להטמין בגדיש.

**ור' יהודה חולק עליהם בב' דברים:** לדעתו יש לחייב על טמון גם במדליק בתוך שלו, וכן יש לחייב במדליק בשל חבירו אף בדברים שאין דרך להטמין שם.

**בגמ' בדף ס. ניתן ללמוד על המקור לפטור 'טמון' באש לשיטת חכמים** והוא מן הפסוק: 'כִּי תֵצֵא אֵשׁ וּמָצְאָה קֹצִים וְנֶאֱכַל גָּדִישׁ אוֹ הַקָּמָה אוֹ הַשָּׂדֶה שַׁלֵּם יְשַׁלֵּם הַמַּבְעִר אֶת הַבְּעֵרָה'(שמות כב, ה), ומן המלה 'קמה' נלמד 'מה קמה בגלוי, אף כל בגלוי'.

### האם יש לפטור בטמון באש כאשר לא הניח כלל גדר בין האש לדבר הניזק?

**הגמ' בב"ק כג.** דנה במחלוקת אם החיוב באש הנובע מכך שיש להחשיבו כחיציו של האדם, או שהחיוב נובע מכך שהאש נחשב כממונו המזיק.

**הגמרא שם שואלת** שלפי השיטה הסוברת שהחיוב באש הינו משום שהוא חיציו של האדם, לא מובן באיזו מציאות ניתן לפטור על טמון אש, והלא חיציו הזיקו.

**ומשיבה הגמ'** שאף שיטה זו מודה שאף כשאין האש מוגדר כחיציו, יש לחייב את האדם מדין 'ממונו המזיק'. לפי זה מבואר שפטור טמון באש יתקיים לפי שיטה זו במציאות שהיה לו לגדור בעד האש ולא גדר, וכתוצאה מכך יצאה האש והזיקה. במקרה זה, יש לחייבו על מה שהזיק בגלוי מדין ממונו המזיק כדין שור שהזיק כשלא נעל בפניו כראוי, ומכול מקום יפטר במידה והזיק טמון, שלא חייבה תורה על טמון באש.

**להלכה פסקנו כר' יוחנן** שיש לחייב על אשו משום חיציו.
**לאור כל זה כתב הטור** שפטור טמון נכון רק במידה והדליק את האש כשהיה גדר, ונפל ולא גדרו, אך כל עוד לא היה גדר כללל אין לפטור בטמון שהרי זה חיציו, **וכן פסק השו"ע**.
**אמנם הרמב"ם לא חילק כלל בזה**, ומשמע שסבר שפטור טמון שייך בכל מציאות שהדליק בתוך שלו ויצאה האש והזיקה.
**וביאר הגר"א (לג)** שרמב"ם למד שלמסקנת הגמ' יוצא שאין נ"מ בענין טמון בין ר"ל לר"י שהרי הגמרא שורה לאחר מכן שואלת: 'וכי מאחר דמאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו, מאי בינייהו? איכא בינייהו, לחייבו בארבעה דברים', ומשמע שזו הנ"מ היחידה.
**כמו כן ציין הגר"א** שאף מדברי הלכות גדולות משמע שאין חילוק בזה, וכתב הגר"א שכן משמע משאר הסוגיות בעניין טמון שלא מזכירות כן.
**על כן הסיק הגר"א** שנראה שדעת הרמב"ם וההלכות גדולות עיקר.

## האם יש פטור על דברים שאין דרך להטמין כשהדליק בגדיש חבירו?

**כפי שהבאנו לעיל, עולה לכאורה מן המשנה והגמרא,** שאף אם הדליק בגדיש חבירו, יש לפטור את המדליק בעל דברים טמונים שאין דרך להניח שם.
**אך נחלקו הראשונים,** האם אכן התכוונה המשנה לפטור לחלוטין במקרה זה, או שכוונתה רק שעל הניזק מוטלת חובת הראיה, שאכן דברים אלו היו מוטמנים בגדיש.

- **רוב הראשונים הבינו** שאכן בכוונת המשנה לפטור לחלוטין את השורף בגדיש חבירו על דברים שאין הדרך להניח שם.
  **וביארו התוספות** (ב"ק סא: ד"ה 'אלא אמר רבא') שמקור דין זה אינו מן הפסוק אלא מסברא שלא היה לו להעלות על דעתו שיהיו שם דברים, אלו ועל כן אין לחייבם על כך.
  **בסימן שפח סעיף א** (עיין לעיל בעמוד 272) **הבאנו שתוספות סברו כן** ביחס לכל היזק ולא דווקא בהיזק של שריפה, אלא גם כשזורק תיבה לנהר.
  **אמנם הרשב"א חלק עליהם** בעניין שאר מזיקים, אך הודה להם במקרה של שורף גדיש חבירו, וביאר בטעם החילוק שבמקרה של שורף גדיש חבירו הוא אינו מזיק בידים, ולכן יש לפוטרו כל עוד לא העלה על דעתו שמזיק חפץ זה, אבל במקרה שהוא מזיק בידיים, ודאי שיש לחייב, אף אם לא היה לו להעלות על דעתו שיש שם מרגנית. (ועיין בסימן שפח בדעת הרמב"ם ובפשטות דעתו כרשב"א לחלק בין שורף גדיש חבירו, להיזק בידים, ועיין לקמן בדברי הש"ך)
- **לעומת ראשונים אלו סבר הרמב"ן** (מלחמות ד' ב"ק כו:)שאף במקרה של שורף גדיש חבירו, אין לנו לפוטרו רק משום שלא העלה על דעתו שיהיה שם אותו החפץ, וביאר שכל כוונת חכמים היא שעל הניזק להוכיח שאכן חפץ זה היה שם.

**השו"ע פסק כדעת רוב הראשונים** שיש לפטור לחלוטין את השורף בגדיש חבירו על דברים שאין דרך להניח שם.
**הש"ך (ו) הקשה** במה שונה דין שורף בגדיש חבירו, שנפסק שיש לפטור לחלוטין את השורף על מה שאין דרך להניח, לבין זורק תיבת חבירו, שלא פטר השו"ע בסימן שפח סעיף א, אלא שהצריך שהניזק יביא ראיה.
**ותירץ הש"ך** מסברתו כפי שהבאנו בשם הרשב"א (מבלי לציין אליו) שיש לחלק בין מזיק בידיים לשורף שאינו מזיק בידים.

## נאמנות הניזק לומר כמה היה לו בית

**דין זה התבאר ביתר אריכות בסימן שפח סעיף א, ובקצרה:**
**מן הגמרא ב"ק סא: עולה** שתקנו תקנת הנגזל ב'אשו', כלומר, שנאמן הניזק בשבועה לומר כמה הוזק וליטול (הגמ' אמרה כן בדעת ר' יהודה וכתבו תוספות שהוא הדין לדעת חכמים)
**הרמב"ם והשו"ע כתבו**: 'המזיק ממון חבירו ואינו יודע מה הזיק. נשבע הניזק ונוטל', ומשמע שבמידה והמזיק טוען שיודע בוודאות כמה הזיק, לא ניתן לחייבו יותר, אף במידה והניזק טוען שהוזק ביותר.
**אך הש"ך (ז) הביא את דעת המ"מ והסמ"ע (טז)**בעניין שורף גדיש חבירו, שסברו נאמן הניזק לטעון בשבועה כמה הזיקו אפילו כנגד טענת ברי של המזיק, וביאר שלשיטתם יש לחלק בין מציאות שיש עדים על גוף הנזק שבזה מועילה טענת הניזק בשבועה אף כנגד טענת ברי של המזיק, לבין מציאות שאין עדים על הנזק, שנאמן המזיק במיגו שיכל להכחיש את ההיזק, ובזה דיברו הרמב"ם והשו"ע אצלינו.

[**הקצות (א) הקשה** כיצד ניתן לומר שתקנת הנגזל באשו עסקה בטענת שמא, והרי הגמרא עסקה בדעת ר' יהודה ולדעתו כל תקנת הנגזל שייכת רק כשהוא מודה במקצת, ואם מדובר שהמזיק טוען טענת 'שמא הרי הוא מחוייב שבועה שאינו יכול להשבע וצריך לשלם הכול.
**וכתב הקצות** שהיה ניתן לתרץ לשיטת תוספות (ב"ק מו. ד"ה דאפילו) שסבר שדין מתוך שאינו יכול להשבע משלם, אינו שייך כשלא היה לו לדעת אך כתב הקצוץ שלכאורה אין זה מתרץ, שהרי לפי זה אף אם יודה במקצת אין זה מועיל, משום שבלאו הכי פטור מהשבועה שלא היה לו לדעת, ומה הועיל זה שהודה במקצת?!
וכתב הקצות שהיה מקום לתרץ שמדובר שהודה בהילך ועל פי דברי הר"ן (שבועות כז, א בדפי הרי"ף)שביאר שלר' יהודה מועילה הודאה במקצת על בהילך, משום שמכול מקום הרי זה כמודה במקצת, אך ציין שתוספות (ב"ב מה: ד"ה 'נתנה לו') חלוקים עליו, ולדבריהם עדיין קש, וכתב שלפי דברי הש"ך בסימן צ ס"ק א ניתן לתרץ עי"ש].

לשון השו"ע:

**טמון באש, פטור. שאם הדליק גדיש חבירו והיו טמונים בו אפילו מוריגים** (פי' קרשים נקובים ובהם יתדות של עץ או של ברזל שדשין בהם התבואה) **וכלי בקר שדרך להטמינם בגדיש, פטור, ורואים מקום הכלים הטמונים כאלו היה שם שעורים או חטים כפי מה שהוא הגדיש, וכך ישלם לו. במה דברים אמורים, במדליק בתוך שלו והלכה ודלקה בשל חבירו וכלו חציו, כגון שנפל הגדר שביניהם שלא מחמת הדליקה, והיה אפשר לו לגדור ולא גדר.**

**אבל אם הדליק בתוך של חבירו, או אפילו בתוך שלו ולא כלו חציו, כגון שנפל הגדר מחמת הדליקה, חייב בדבר שדרכו להטמין בגדיש כגון מוריגים וכלי בקר, כמו שנתבאר בסי' צ'.**

**ובבית חייב על כל דבר, שדרך בני אדם להניח בבית כל כליהם וכל חפציהם, וכל מה שיטעון בעל הבית שהיה בבית, ה"ז נשבע בנקיטת חפץ ונוטל, ובלבד שיטעון דברים שהוא אמוד בהם שהם שלו או שרגילים להפקיד בידו.** (וע"ל סימן צ').

## סעיפים יד-טו

### שורף בשלו אך השאיל לניזק את המקום להניח שם גדיש

לשון השו"ע:

**<u>סעיף יד:</u>**

**המשאיל מקום לחבירו להגדיש בו, והגדיש והטמין בו כלים, והדליק המשאיל** (דהיינו שעשה המשאיל אש ויצאה והדליקה) **(טור) ושרף הגדיש והכלים שבתוכה, אינו משלם אלא דמי גדיש בלבד.**

**<u>סעיף טו:</u>**

**השאילו מקום להגדיש חטים, והגדיש שעורים; או להגדיש שעורים והגדיש חטים, או שהגדיש חטים וחיפם בשעורים, או שהגדיש שעורים וחיפם בחטים, אינו משלם לו אלא דמי שעורים בלבד.**

כן מבואר בברייתא בדף סב. שבזה אף ר' יהודה מודה שיש לפטור בטמון.

**וכתב הסמ"ע (יח)** שהחידוש בסעיף השני הוא, שאף על הכלים הטמונים בתוכו אלא משלם אלא כדמי שעורים.

## סעיף טז

### ראה דליקה והטמין כלי חבירו בתוך גדיש

לשון השו"ע:

**מי שראה דליקה שמתקרבת לקמת חבירו, והלך וכיסה הקמה, אף על פי שגרם לו הפסד שהרי עשאו טמון, ה"ז פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.**

כן ביאר רב אשי בב"ק נו. וזה לשון הגמרא:

הכופף קמתו של חבירו בפני הדליקה. היכי דמי? אילימא דמטיא ליה ברוח מצויה, בדיני אדם נמי נחייב!

אלא דמטיא ברוח שאינה מצויה.

**ורב אשי אמר:** טמון אתמר, משום דשויה טמון באש

## סעיף יז

לשון הגמרא בב"ק כג.

אלא, למאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו, וכגון שהיה לו לגודרה ולא גדרה, דהתם שורו הוא ולא טפח באפיה.

וכי מאחר דמאן דאית ליה משום חציו אית ליה נמי משום ממונו, מאי בינייהו?

איכא בינייהו, לחייבו בארבעה דברים."

**הגמרא מבארת** שהנ"מ בדיון אם החיוב באש הוא משום שיש להחשיבו כחיציו של האדם או משום שיש להחשיבו כממון המזיק, הוא במידה והזיק אדם, אם יש לחייבו בד' דברים כדין אדם המזיק, או שאין לחייב בזה כדין ממון המזיק.
**וכפי שציינו מספר פעמים, להלכה נפסק** שיש להחשיב את האש כחיציו של האדם, ועל כן יש לחייב בד' דברים.
**רש"י והנמוק"י כתבו**שד' הדברים הם נזק צער ריפוי ושבת, אך לא בושת, משום שעל בושת אין לחייב הואיל ולא התכון לביישו(כמבואר במשנה בב"ק פו:).
**אמנם הרמב"ם** (נזקי ממון יד, טו) **כתב** שיש לחייב גם בבושת.
**וביאר הסמ"ע (כג) בדעתם** שמכיוון שעבר הדלקה ברוח מצויה זה נחשב שבייש ככוונה ויש לחלק בין זה לנופל מהגג ברוח מצויה.
(**וכתב ר' דניאל ווסטברוק:**'ולי נראה שלפי הרמב"ם באמת צריך להעמיד דברי הגמרא כשהתכוון להזיק, ולא הוצרך הרמב"ם לבאר דיני בושת כאן. ושו"מ שכ"כ הלח"מ. והגר"א הביא שכדברי הרמב"ם מפורש בירושלמי')
לשון השו"ע:

**אש שעברה והזיקה את האדם וחבלה בו, הרי המבעיר חייב בנזקו ובשבתו ובריפויו ובצערו ובבשתו כאילו הזיקו בידו, (שאע"פ) שאשו ממונו הוא, הרי הוא כמו שהזיק בחציו.**
**והוא שהיה האש ראוי להגיע שם למקום שהזיק בשעה שהדליק,**
**אבל אם לא היה ראוי להגיע שם, כגון שהיה גדר ביניהם ונפל שלא מחמת האש, אפילו אם היה אפשר לו לגדרה, כבר כלו חציו ויש לו דין ממונו שהזיק אדם שאינו חייב אלא בנזק בלבד, ופטור מארבע דברים.**

## סעיף יח

### המניח גחלת על אדם או בהמה

לשון הגמרא בב"ק כז.

**ואמר רבה:** הניח לו גחלת על לבו ומת - פטור, על בגדו ונשרף - חייב.

**אמר רבא:** תרוייהו תנינהי

על לבו, דתנן: כבש עליו לתוך האור או לתוך המים, ואינו יכול לעלות משם ומת - חייב, דחפו לתוך האור או לתוך המים, ויכול לעלות משם ומת – פטור.

בגדו, דתנן: קרע את כסותי שבר את כדי - חייב, על מנת לפטור - פטור.

**בעי רבה:** הניח גחלת על לב עבדו, מהו? כגופו דמי או כממונו דמי? אם תמצא לומר כגופו דמי, שורו מהו?

**הדר פשטה:** עבדו כגופו, שורו כממונו.

**הגמרא מביאה את דינו של רבה** שאם הניח אדם גחלת על לב חברו ונשרף פטור, וביאר רש"י שהטעם הוא משום שהיה לאותו אדם לסלקה ממנו. אך אם הניח על בגדיו חייב, וביאר רש"י שזאת משום שלא חשש לסלקו מכיוון שיכול לתבוע את המזיק.
**עוד הביאה הגמרא את הסתפקותו של רבה** בעניין הנחת גחלת על לב עבד ושור, והכריע רבה שאם הניח על עבד פטור, ואם הניח על שור חייב.
וביאר רש"י שעל עבד פטור משום שהיה לו לסלקו, ועל שור חייב משום שאין לו דעת.
**אמנם תוספות**(ב"ק כז. ד"ה 'הניח' ובדף כב: ד"ה והיה בשם רשב"ם)**והרא"ש** (ב"ק ב, ח) **חלקו על רש"י וסברו** שבמידה והעבד והשור אינם כפותים פשוט שפטור, משום שאף על השור היה לסלק את הגחלת שעליו(ודייקו כן גם מהגמרא בדף כב: שחייבה בגדי דווקא כשהוא כפות, ורש"י שם [ד"ה 'עבד כפות לו' פירש שזהו לאו דוקא).
**על כן ביארו** שדברי רבה נסובו על שור ועבד כפותים ולא מתו אלא ניזוקו, ופשוט שבזה חייב על השור משום שלא היה בידו לסלקו, ואף לא היה לו להניח שהאדון יסלקו, משום שיתכן שלא יחוש לזה ויתבע אותו לאחר מכן, והסיבה שפטור במקרה שהניח על העבד, היא, משום שהמניח חשב שהאדון יסלק, ומכול מקום הסתפקה הגמרא אם היה לו להניח כן, היות והעבד לא מת מכך אלא רק ניזוק (שאם היה מת כתוצאה מכך היה לו להצילו משום שהוא מחויב במצוות- רא"ש) ויתכן שהאדון לא רצה לסלק ואמר שיתבע את מניח הגחלת כדין שאר ממונו.
**מדברי הרמב"ם**(חובל ומזיק ד, כב) עולה שסבר כרש"י משום שלא ביאר שמדובר בשור ועבד כופים וכן ביאר שמדובר במקרה שמתו, ולא שנזקו.
**השו"ע** העתיק את לשון הרמב"ם.
**הרמ"א הביא בלשון יש אומרים את דעת תוספות והרא"ש** שדין זה נכון רק כשהיו כפותים, ובעבד כשלא מת.

**הסמ"ע**( ס"ק כח וכן בסימן שפג)**כתב** שצריך לומר שאף השו"ע כיוון לדברי הרא"ש ותוספות משום שבסימן שפג סעיף א פסק כדעתם במפורש שדווקא כהשהניח גחלת על לב השור כשהוא כפות-חייב.

## האם יש הבדל בין עבד קטן לגדול?

**הנמוק"י**(ב"ק יב.)**כתב** שעבד קטן דינו כשור, ואם הניח עליו- חייב, וכן פסק הרמ"א.
**אמנם הסמ"ע (כח) העיר על הרמ"א** וכתב שחילוק זה נכון דווקא לשיטת רש"י שלא חילק בין כפות לשאינו כפות וסברו שהטעם שיש לחייב כשהניח על שור, הוא משום שאינו בר דעת ולכן הוא הדין בענין קטן אבל לשיטת תוס' שגם בשור אין לחייב מטעם זה משום שהיה לו לסלק גם כשאינו בר דעת, א"כ הוא הדין בקאן, ורק כשהוא כפות יש לחייב בשור משום שיכל הניזק שלא להצילו, ובזה אין חילוק בין עבד קטן לקטן, היות ובעבד אין טעם לומר כן אף כשהוא קטן.

## האומר לחרש שוטה וקטן קרע כסות פלוני ועשו כן

**הסמ"ע (כז) כתב** שכשם שהתבאר בסעיף זה שיש לחייב על הנחת גחלת בכסות חבירו, הוא הדין שיש לחייב במידה ואמר לחרש שוטה וקטן לקרוע כסותן ושתק הניזק, ואין בשתיקתו מחילה משון משום שאותו אדם ידע שהמשלח מתחייב, ולכן לא חשש למחות. (ונראה שהבין שהיות ואינם בני חיובא מתחייב משלחם כפי שנאמר ב"מ י: בעניין חצר, וכן פסק הרמ"א בסימן שפב סעיף א)
**אמנם הש"ך (ט) השיג עליו**שהרי מבואר בסעיף ז ע"פ המשנה בב"ק נט: שהשולח את הבעירה ביד חש"ו פטור, ובתוספות בבב"מ י. ביארו שהסיבה שאין לחייב את המשלח חש"ו על אף שאינו בר חיובא, הוא משום שאינם בני שליחות, עי"ש, וממילא לא ניתן לשייך את המעשה אליווכן השיג הש"ך על הרמ"א בסימן שפב ס"ק א.
**הנתיבות בסימן שפב ס"ק א** הביא שהריטב"א (הובא בשטמ"ק ב"ק י:) הבין כדברי הרמ"א שיש לחייב את המשלח חרש שוטה וקטן לדבר עבירה, ותירץ שהמשנה בב"ק נט: עסקה במקרה שמסר להם גחלת, אך לא צווה עליהם שישרפו, ושם האריך בביאור סברות הריטב"א והתוספות הנ"ל.
**ערוך השולחן (כח, לח) צידד בדברי הסמ"ע** וכתב כדברי הריטב"א שלעולם יש לחייב את המשלח כששולח מי שאינו 'בר חיובא, וכל מה שנאמר בסעיף ז שיש לפטור את המשלח בעירה ביד חש"ו זה דווקא כשלא צוום להדליק אלא רק מסר להם את הגחלת.

לשון השו"ע:

**הניח לחבירו גחלת על לבו, ונשרף, פטור, אפילו התרו בו; שלא היה סבור שלא יסלקנה שאין דרך שיניח אדם עצמו לשרוף כדי שיהרג חבירו.**
**אבל אם הניח גחלת על בגדו של חבירו ונשרף, חייב, שאינו חושש לסלקו כיון שזה חייב לשלם לו. ועבדו כגופו, ושורו כבגדו.**
הגה: וי"א דעבד קטן דינו כשור (נ"י ס"פ כיצד).
וי"א דווקא בשור כפות, אבל בשור שאינו כפות, פטור (טור סי"ד בשם רשב"א והרא"ש).

# סימן תיט

## כיצד נפרעים לנזקים מהמזיק ומיורשיו ובו ג סעיפים:

## סעיף א

### מאלו נכסים פורע המזיק לניזק ומהם סדרי העדיפויות?

### בקרקע- מן העדית

**כלל פשוט הוא** שגביה מן המזיק נעשית מן העדית שבנכסיו, ודבר זה מפורש הוא בפסוקים: "כי יבער איש שדה או כרם ושלח את בעירה ובער בשדה אחר מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם"(שמות כב, ד).

**ונחלקו התנאים** (ב"ק ו:) כיצד מודדים את העדית:

**ר' ישמעאל סבר** שמודדים ביחס לשדה הניזק.

**ר' עקיבא סבר** שמודדים ביחס לשדה המזיק, כלומר שיתן מהשדה הטובה שלו, ולכן אף במידה והעדית של הניזק הייתה כזיבורית של המזיק, צריך לתת לו מהעדית שבנכסיו ולא להסתפק בזיבורית.

**ולהלכה פסקו הראשונים כדעת ר' עקיבא**, על פי הכלל: "הלכה כרבי עקיבא מחבירו" (עירובין מו:), **וכן פסק השו"ע.**

### כיצד פורע מן המטלטלים, ואם יכול לפרוע בקרקע כשיש לו מטלטלים, או ממטלטלים כשיש לו מעות?

**עד כאן עסקנו בגביה מן הקרקע**, ובזה מבואר שמחויב המזיק לפרוע מן העדית, כעת נדון בסדרי העדיפויות של הגביה מן המזיק, ביחס למעות, מטלטלים, קרקע:

**וזה לשון הגמרא בב"ק דף ז.-ז:**

**רמי ליה אביי לרבא**, כתיב: "מיטב שדהו ומיטב כרמו ישלם" מיטב אין, מידי אחרינא לא?

**והתניא:**"ישיב" (שמות כא) - לרבות שוה כסף ואפילו סובין!

**לא קשיא:** כאן מדעתו, כאן בעל כרחו.

**אמר עולא בריה דרב עילאי:** דיקא נמי, דכתיב "ישלם", בעל כרחו.

**א"ל אביי:** מי כתיב ישולם? ישלם כתיב, מדעתו משמע!

**אלא אמר אביי...** והכא נמי גבי נזקין, דיניה בעידית, ואי א"ל איהו: הב לי בינונית טפי פורתא, א"ל: אי שקלת כדינך שקול כדהשתא, ואי לא - שקיל כיוקרא דלקמיה.

**מתקיף לה רב אחא בר יעקב:** א"כ, הורעת כחן של נזקין אצל בינונית וזיבורית, דרחמנא אמר מ"מיטב", ואת אמרת מבינונית וזיבורית נמי לא!...

**מכל מקום קשיא!**

**אמר רבא:** כל דיהיב ליה - ממיטב ליתיב ליה.

והא מיטב שדהו כתיב!

**אלא, כי אתא רב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע מבי רב, פרשוה:** כל מילי מיטב הוא, דאי לא מזדבן הכא מזדבן במתא אחריתי, לבר מארעא דליתיב ליה ממיטב, כי היכי דלקפוץ עלה זבינא.

**אביי הקשה שלכאורה ישנם 2 לימודים סותרים ביחס לאופי גביית תשלומי נזק מן המזיק:** מחד, נלמד שחובה עליו לשלם ממיטב שדהו, ומאידך, נלמד כי יכול לשלם בכל שווה כסף ואפילו מסובין. ובגמרא מופיעים ביאורים רבים לישוב סתירה זו:

- **רבא סבר לחלק** בין מציאות שבו משלם המזיק מדעתו וללא הטרחת הנזק לצעוק עליו בב"ד(רש"י), לבין מציאות שלא שילם מרצונו אלא מכוח כפיית בית דין: במידה ושילם מרצונו יכול לשלם מכל מטלטלים שהם ואפילו מסובין, ובמידה ולא שילם אלא מכוח כפיית בית דין הוא חייב לשלם מן המיטב.
  **אמנם אביי דוחה את ביאורו** משום שבפסוק נשמע שאף כשהוא משלם מדעתו, הוא צריך לשלם מן המיטב.
- **אביי סבר לתרץ** שאכן צריך לשלם מן המיטב ומשללם לו כפי שווה הנכס היום, ויתכן שירוויח הניזק שיקבל יותר קרקע, אך במידה ורוצה הניזק לגבות מעדית או זיבורית, יכול המזיק לסלקו כפי השווי שיהיה שווה הקרקע בעתיד בזמן שהיא מתייקרת כגון

בימי ניסן, ובעצם לתת לו פחות קרקע (וזוהי הכוונה: 'לרבות שווה כסף ואפילו סובין', שאם רוצה הניזק לגבות סובין, כלומר בינונית וזיבורית, יכול לסלקו בשווה כסף גם עתידי- רש"י) .

**רב אחא בר יעקב דחה גם ביאור זה**, משום שיוצא שהורע כוחו של ניזק ביחס לבינונית וזיבורית ומשמע מהפסוק שהתורה רצתה לחזק כוחו שיגבה מן הדעת ולא לגרוע מכוחו.

- **רבא חוזר להציע ביאור אחר**, והוא שיכול לשלם מכל סוג של מטלטלים, אך מהמיטב שבו.

**הגמרא דוחה זאת** משום שנאמר 'מיטב שדהו'.

- **הגמרא בדף ז: מסיימת בביאורם של רב פפאורב הונא בנו של רב יהושע מבית רב**, שפירשו שבמטלטלים יכול לשלם מכל מה שירצה, משום שלעולם יש להחשיב כ'מיטב', משום שאם לא ימכר כאן, ימכר במקום אחר, ורק במידה ומשלם מן הקרקע, יש לו לשלם מן העדית, כדי שיקפצו לקנותה.

**א"כ ממסקנת הסוגיא היה נראה להכריע** שיכול הניזק לשלם לו מכל סוג מטלטלים, ורק במידה ומשלם מקרקע צריך לשלם מן העידית.

**אמנם בגמרא בדף בהמשך בדף ט. מציע לכאורה רב הונא** ביאור אחר ליחס בין 2 הלימודים וזה לשון הגמרא שם:

**רב הונא אמר:**"או כסף או מיטב".

**איתיביה רב נחמן לרב הונא:**"ישיב" (שמות כא) - לרבות שוה כסף, אפילו סובין!

הכא במאי עסקינן - בדלית ליה.

אי דלית ליה, פשיטא!

מהו דתימא, אמרינן ליה: זיל טרח זבין ואייתי ליה כסף, קמ"ל.

**כלומר**, רב הונא מבאר שיכול המזיק לשלם לו מן הכסף או מן המיטב.

**והקשה עליו רב נחמן** שהרי הברייתא למדה שיכול להשיב אף שווה כסף.

**וענתה על כך הגמרא** שרק במידה ואין לו ממה לשלם יכול לשלם משווה כסף ואפילו סובין, והחידוש בזה הוא שאיננו דורשים ממנו לטרוח ולמכור ולהשיג כסף.

**א"כ בפשטות עולה**, כי לפי ביאורו של רב הונא, לעולם צריך לשלם או מן המיטב או מן הכסף, ואינו רשאי לסלק מסובין אלא במציאות שאין לו דבר אחר, וזאת כנגד רב הונא בריה דרב יהושע שסבר שלעולם ניתן לסלק בסובין.

**ונחלקו הראשונים כיצד לפסוק להלכה:**

- **הרי"ף** (ב"ק ב.) **פסק** כרב הונא בריה דרב יהושע ורב פפא משום שהם אחרונים, ולשיטתו המזיק רשאי לעולם לסלק בכל מטלטלים.
- **אמנם תוס'**(ט. ד"ה 'רב הונא') **הביאו שר"ת חלק על הרי"ף וסבר** שלהלכה רשאי המזיק לסלק או בכסף או במיטב, ורק במידה ואין לו, רשאי לסלק בסובין. (ובראב"ש [ב"ק א, ה] מבואר שפסק כרב הונא, אמנם בתוס' בב"ב צב: ד"ה 'אי' עולה שפסק כרב הונא בריה דרב יהושע וכדעת הרי"ף שלעולם יכול לסלקו בסובין, ובערוך השולחן (ה) צידד בכך שדברי ר"ת בב"ב עיקר וכפי שנביא לקמן).
- **הנמוק"י** (ב"ק ב.) **מביא שיטה שלישית בשם הרמ"ה שפסק** שכל שיש לו כסף אינו רשאי לסלק במטלטלין כלל, ורק במידה ואין לו כסף רשאי לסלק בכל מטלטלים, אך לא בקרקע, ורק כשאין לו מטלטלים רשאי לסלק בקרקע.

**הש"ך (ג) הביא שהמהר"ם מטיקאטין**(בגליון הרי"ף שלו) **תמה על שיטה זו וכתב** שפשוט שלדעת רב פפא ורב הונא בריה דר"י, לעולם יכול לסלקו בסובין ואף כשיש לו מעות.

**וכתב הש"ך** שנראה שהרמ"ה סבר שדינו של כסף שונה משאר דברים, (ויוצא שכל מה שאמרו שיכול לסלקו בסובין הוא רק כשאין לו מעות)

[**הגר"א (א** -ליקוט)**ביאר** שהרמ"ה למד כן מדברי רב הונא, וכך יש לפרש דבריו: 'או כסף'- במידה ויש לו כסף. 'או מיטב' – במידה ואין לו כסף. לפי זה הקושיא של הגמרא מהלימוד: 'ישיב.. אפילו סובין, הוא שמשמע שדווקא סובין ולא 'מיטב' כלומר קרקע, והתירוץ שכשאין לו גם סובין יכול לתת קרקע (כך הגר"א ע"פ הבנתי)].

- **הרמב"ם** (נזקי ממון ח, י)**פסק**: 'כשבית דין נזקקין לגבות הניזק מנכסי המזיק גובין מן המטלטלין תחלה, אם לא היו לו מטלטלין כלל או שלא היו המטלטלין כנגד כל הנזק גובין השאר מן הקרקע מן היפה שבנכסי המזיק, וכל זמן שימצאו מטלטלין אפילו סובין אין נזקקין לקרקע'.

**הטור כתב בדומה לרמב"ם** וביתר פירוט, ומדבריו עולה שלעולם רשאי לסלקו בסובין אף שיש לו כסף וזהב, ורק במידה ואין לו אפילו סובין נזקקין לקרקע.

**בפשטות דבריהם מבואר** שהמזיק אינו רשאי לסלק בקרקע כל עוד יש לו מעות ומטלטלים.

**וכך הבינו בדבריהם הש"ך (ב) והלבוש (א)** (והב"י בדעת הטור, וכן הבין הגר"א [ס"ק א ליקוט] בדעת הרמב"ם בלבד אך לא בדעת הטור).

**אמנם שיטה זו מעלה תמיהה** שאין לזה שום מקור בגמרא, שהרי מדברי רב הונא בריה דרב יהושע נראה שלעולם רשאים לסלק בסובין, ומדברי רב הונא מבואר ע"פ מסקנת

הגמרא שכל מה שרשאי לסלקו בסובין זה רק שאין לו שום דבר אחר, ולא מצינו שום שיטה בה עולה שלא ניתן לסלק בקרקע, אך ניתן לסלק בסובין.
**אכן נראה שלאור זאת נאלצו הסמ"ע (א) והב"ח (א) לבאר שיטתם באופן אחר,** ופירשו שלדעת הטור והרמב"ם, הדבר תלוי בדעת המזיק, ופשוט שלעולם יכול לסלק בקרקע, וכל כוונת הטור והרמב"ם היא לומר שכל שיש לו שאר דברים לא ניתן לחייב אותו לסלק בקרקע (והוסיף הסמ"ע שרצו ללמדנו שמסתמא דעתו לסלק במטלטלים ולא בקרקע וכך נעשה כשאינו לפנינו) **וכן** אינו חייב לסלק במעות אף שיש לו מעות (כשיטת הרי"ף ושלא כר"ת המופיע בתוס' ב"ק ט.)
[וביארו הסמ"עוהב"ח שעל אף שבעל חוב אינו רשאי לסלק בקרקע כשיש לו מעות [או במטלטלים הקרובים למעות], דין מזיק שונה הוא ועל אף שלעניין גביה מן העידית עדיף כוחו של ניזק מכוחו של מלוה, מכול מקום לענין גביה ממעות עדיף כוחו של מלוה, הואיל והלווהו מעות, לכן צריך שישיב לו במעות כל עוד יש לו].
**לפי שיטה זו יוצא לכאורה שהרמב"ם והטור פסקו כדעת הרי"ף שהלכה כרב הונא בריה דרב יהושע** שרשאי לסלקו או במטלטלים או בסובין.
**הש"ך (ב) האריך להשיג על הבנה זו** וכתב שבנמוק"י (ב"ב מו: ד"ה 'אי דליכא') מפורש שלדעת הרמב"ם אין הניזק יכול לסלקו בקרקע כל עוד יש לו מעות.
**עוד האריך הש"ך להוכיח** שכן פשטות לשון הרמב"ם.
**עוד כתב הש"ך**שלא יתכן לומר כסמ"ע שמן הסתם חפץ המזיק לפרוע במטלטלים, שא"כ לא היה לנו לפרוע מן היתומים דווקא מקרקע, 'והיאך יגרע כח היתומים מן המזיק עצמו'.
**וביאר הש"ך** שהרמב"ם מפרש בדברי רב הונא: 'או כסף'- במידה ויש לו כסף. 'או מיטב' – במידה ואין לו כסף', אלא שסובר שאיננו פוסקים כרב הונא בעניין זה שסובר שמטלטלים אינם ככסף ולהלכה אף סובין דינם ככסף, ומכול מקום לענייַן קרקע הלכה כמותו, שניתן לגבות מקרקע רק במידה ואין מעות (אף הגר"א (א ליקוט) ביאר כן ברמב"ם, אלא שבניגוד לש"ך סבר הגר"א שאף רב הונא עצמו סובר שסובין דינם ככסף, ולא נחלק בזה כלל על רב הונא בריה דרב יהושע).

***מה נפסק להלכה?***
**השו"ע** העתיק את לשון הרמב"ם.
**וכבר הבאנו את ביאורם של הסמ"ע והש"ך בדעתו** שלעולם רשאי המזיק לבחור במה לגבות
**אמנם הש"ך הכריע להלכה כפי הבנתו ברמב"ם** שכל שיש למזיק מטלטלים, הוא אינו רשאי לפרוע בקרקע. [ביחס לשיטת הרמ"ה שכשיש לו מעות אינו רשאי לפרוע בסובין, כתב הש"ך (ג) שדעת כל הפוסקים אינה כן, ולדעתם דין סובין כדין כסף ממש, וסיים שכן עיקר].
**ואלו נימוקי הש"ך:**

1. **הש"ך הביא מספר ראשונים** שלמדו מדברי רב הונא שהמזיק לא יכול לפרוע מקרקע כל עוד יש לו מטלטלים, הלא הם: התרומות (שער ד חלק א אות ב)בשם ר"ח, ראב"ן [252] (ב"ק), רמ"ה המובא לעיל (אלא שלא כדבריו שסבר שכל עוד יש מעות לא ניתן לגבות אף משאר מטלטלים).
**וכתב הש"ך שכן דעת הרא"ש**(ב"ק א,ה), ועל אף שמשמע מדבריו שדווקא לענין בעל חוב כתב שלא ניתן לפרוע בקרקע[253], נראה שכתב כן דוקא לשיטת ר"ת שסבר שמזיק אינו יכול לסלק בסובין כל עוד יש לו מעות או קרקע, אך לדינא סבר כרי"ף שלעולם יכול לסלקו בסובין, ולשיטה זו נראה שאין חילוק בין בעל חוב למזיק, ולעולם יש להעדיף מטלטלים על קרקע.
2. **עוד כתב הש"ך שיש להוכיח מן הגמרא בב"ק בדף יד**: שלא יכול המזיק לסלקו בקרקע כל עוד יש לו מעות:
**בגמרא שם** הקשה רב יודא בר חנניא לרב הונא בריה דרב יהושע:'תנא שוה כסף ככסף מלמד שאין ב"ד נזקקין אלא לנכסים שיש להן אחריות, והתניא:"ישיב" לרבות שוה כסף ואפילו סובין? ומתרצת הגמרא:'הכא במאי עסקינן- ביתמי'.
הש"ך למד מגמרא זו שבתחילה הניחה שיכול המזיק לפרוע לניזק מקרקע, אך למסקנת הגמרא אין הדין כן, ואינו יכול לפרוע מקרקע אלא אצל יתומים, וכתב הש"ך שפשוט שמכאן למד הרמב"ם את דינו, ולכן נקט אף הוא בלשון הגמרא 'נזקקין'. וכתב הש"ך שאין לומר שהגמרא הניחה בתחילה שיכול המזיק לפרוע דווקא מקרקע ולא ממטלטלים והוכרע שיכול לפרוע גם ממטלטלים, מפני שלפי זה נצטרך לומר שמדובר שגם כשאין לו קרקע היתה הו"א שלא יפרע ממטלטלים והסיקה הגמרא שרק ביתומים הדין כן, שכשאין לו קרקע לא חייבים לפרוע כלל, וזה פירוש תמוה שכיצד יעלה על הדעת כלל הו"א שכשאין לו קרקע לא יצטרך לפרוע.

---

[252] אמנם עיין בראב"ן ממנו נראה כדעת הרמ"ה שאינו יכול לסלקו בשאר מטלטלים כל עוד יש לו כסף, ואדרבה נראה מדבריו שיכול לסלקו בקרקע וכדעת ר"ת המובא בתוס' ב"ק ט..
[253] וכן העיר הב"י בזה על הטור שאין ראיה מהרא"ש שלא יכול המזיק לפרוע בקרקע, ומכול מקום כתב על כך הב"י שהטור לא ראה לנכון לחלק בין מזיק למלוה, עי"ש.

**וכתב הש"ך:** 'ודקדקתי היטב בסוגיא זו לפרשה בדרכים אחרים והתבוננתי שא"א לפרשה כי אם כמו שכתבתי אם לא ע"פ דוחק גדול'.

3. **כמו כן כתב הש"ך שגם בסברא** אין לחלק בזה בין בעל חוב למזיק, ויש להשוות דינהם שכל שיש להם מטלטלים, הם אינם יכולים לפרוע בקרקע.

**אמנם ערוך השולחן (ה) האריך לצדד בשיטת הסמ"ע והב"ח** שודאי הרשות ביד המזיק להחליט במה לפרוע.

**ואילו נימוקי ערוך השולחן:**

1. **בגמ' בב"ק ז. נראה שהניחה הגמרא** שניתן לגבות דווקא מ"מיטב", כלומר מקרקע ולא מסובין, ולא מסתבר שלמסקנא הפכה הגמ' את דעתה לחלוטין שניתן לגבות דווקא מסובין ולא מקרקע.
2. מלשון הפסוקים 'ישיב', 'ישלם', משמע שהדבר תלוי בדעתו (לא הבנתי מדוע הבין כן).
3. **מדברי רב הונא** (ב"ק ט:) **עולה** שיכול לשלם דווקא ממיטב ולא מסובין, ואף שאיננו פוסקים כן, לא יתכן שנהפך הסברא כל כך. (אכן הערה זו נכונה לש"ך, אך לא לביאורו של הגר"א שביאר שכשאמר רב הונא 'כסף' כיון אף לשאר מטלטלים, וכפי שהבאנו לעיל).
4. **ר"ת בכתובת צב:** כתב במפורש שהרשות ביד המזיק לסלק במה שירצה, ואין סיבה ליצור מחלוקת בזה בין ר"ת לרמב"ם.
5. 'התורה חסה על המזיק לשלם השברים, ואף הפחת הוא על הניזק.. ואיך נאמר דכשרוצה ליתן מיטב קרקע לא נקבל ממנו'
6. **מלשון הרמב"ם:** 'כשבית דין נזקקין לגבות הניזק מנכסי המזיק גובין מן המטלטלין תחלה'- משמע שהעיסוק הוא בטובת המזיק, שאין נזקקים לגבות ממנו קרקע כשרוצה לפרוע מהמטלטלים.

## כיצד שמין מטלטלים?

**כתב השו"ע:** 'ושמין אותה כמו שיכול למוכרה מיד ובמקומו'.

**ומקורו ברא"ש**(ב"ק א, ה) שכתב כן בענין גביה מבעל חוב, והטור והשו"ע השליכו כן אף לגבי גביה מן המזיק. (זאת על אף שהרא"ש נתן נימוק מיוחד לגבי בעל חוב, וזה לשונו: 'דאל"כ נעלת דלת בפני לווין שיתן לו הפחות שבביתו אם אין לו מעות והמלוה לא יוכל למוכרו לאלתר').

## האם ניתן לגבות על היזק מנכסים משועבדים?

**בגמרא בב"ק ח. מופיעה ברייתא** הקובעת שבמידה ואדם היה חייב לשלושה אנשים שונים: לניזק, למלווה, וכתובה לאשה, ומכר את נכסיו לאדם אחד, או לשלושה יחד: נכנסו בעלי החובות שלו כולם תחתיו, וכלן כל אחד גובה מן הלקוחות כפי דינו: הניזק מן העדית, המלוה מן הבינונית, והאשה מן הזיבורית.

**מברייתא זו עולה** כי יכולה ניזק לגבות את הזקו מנכסים משועבדים של מזיקו.

**התוספות**(ב"ק ח. ד"ה 'כולן')**התקשו בזה**, שהרי לכאורה היזק הינו מלווה ע"פ ומלוה ע"פ אינו נגבה מן הלקוחות?

**בקרב הראשונים עלו מספר תירוצים לקושיא זו:**

א. **התוספות בתירוצם הראשון תירצו** שמדובר כשכבר עמד המזיק בדין, ובזה חובו הפך למלוה בשטר.

ב. **התוספות בתירוצם השני תירצו** שלעולם חובו של מזיק נחשב כמלוה בשטר, הואיל וזהו 'מלוה הכתוב בתורה'.

ג. **מהתוספות בב"ק** (יד: ד"ה 'שמע מינה')**עולה** שלשיטה הסוברת ש'שעבודא דאורייתא', ניתן לומר שהיות ויש קול להיזק, אין צורך בשטר, ואף ללא שטר יכול לגבות מן המשועבדים, **וכן כתב המ"מ** (מלוה ולוה יט, ה) **בשם יש מתרצים.**

**המהרש"ל** (ב"ק א, טז) הכריע להלכה כתירוץ השלישי, שלעולם ניתן לגבות היזק מן המשועבדים, ואף מבלי שעמד בדין, משום שיש להיזק קול.

**הטור והשו"ע בסימן קיט סתמו וכתבו כדין הברייתא** שבעל החוב גובה העדית מן הלקוחות שקנו כאחד, ולא ביארו באיזה אופן.

**אמנם בסימן שעב כתבו הטור והשו"ע** שדווקא כשעמד בדין, גובה הניזק מן המשועבדים.

(ומקורם לכאורה הינו מגמרא מפורשת בב"ק יד:- טו. וזה לשונה במקוטעין: תא שמע: לאכילת פירות כיצד? הרי שגזל שדה מחבירו, והרי היא יוצאה מתחת ידו. כשהוא גובה - גובה את הקרן מנכסים משועבדים, ופירות גובה מנכסים בני חורין. היכי דמי? אילימא כדקתני - גזלן ממאן גבי? אלא לאו - כגון שגזל שדה מחבירו ומכרה לאחר והשביחה. אמר רבא: הכא במאי עסקינן - כגון שגזל שדה מחבירו מלאה פירות, ואכל את הפירות, וחפר בה בורות, שיחין ומערות. בא נגזל לגבות קרן - גובה מנכסים משועבדים, בא נגזל לגבות פירות - גובה מנכסים בני חורין.

רבה בר רב הונא אמר: כגון בא נגזל לגבות קרן - גובה מנכסים משועבדים, בא נגזל לגבות פירות - גובה מנכסים בני חורין. ...

**בין לרבא בין לרבה בר רב הונא מלוה על פה הוא, ומלוה על פה אינו גובה מנכסים משועבדים! - הכא במאי עסקינן - כשעמד בדין והדר זבין. –אי הכי, פירות נמי! - כשעמד בדין על הקרן, ולא עמד בדין על הפירות...)**

**הש"ך בסימן סו ס"ק קיד**, ציין לכך שבסימן סו משמע מהשו"ע וכן מהסמ"ע והלבוש, שמזיק אינו יכול לגבות מן המשועבדים כל עוד לא עמד בדין ואילו בסימן קיט סתמו הסמ"ע והלבוש, שלעולם יכול לגבות אף כשלא עמדו בדין.
**וכתב הש"ך** שאת דברי הטור והשו"ע יש לתרץ שלעולם ניתן לגבות ממשועבדים ודוקא לגבי מוחל שטר חוב, לא שייך לגבות ממשעובדים הואיל ואין לזה קול (קצת פלא שלא ציין לכך שבסימן שעב סתמו הטור והשו"ע שלא ניתן לגבות משועבדים, ושם לא מדובר במוחל ועיין קצות קיט. שיישב שיתכן ששם הדין שונה ששם מדובר בגזלן שהזיק,וכל עוד לא עמד בדין אין לו קול שגזל וממילא לא ידוע שהזיק, אך השאיר בצ"ע, עי"ש). ומכול מקום נשאר בקושיא על הסמ"ע והלבוש.
**הש"ך כאן בס"ק א ציין לפסק המהרש"ל והסמ"ע** שלעולם יכול המזיק לגבות ממשועבדים ואף קודם העמדתו בדין, והביא שכן פסק רבינו ירוחם (נתיב לא חלק א) ושכן פסק המגיד משנה (מלוה ולוה פרק יט)
**אך ציין גם כן לכדשיש חולקים.**

## האם צריך המזיק לשלם מ'מיטב' מנכסים שהגיעו לאחר עשיית הנזק?

**הפת"ש (א) הביא את דברי ר' עקיבא בחידושיו**(גיטין מח: ד"ה 'המוציא')**שכתב שנראה לו** שכל החיוב לשלם מן ה'מיטב', הוא רק בנכסים שהיו לו בשעה שהזיק, וזאת משום שעליהם חל החיוב לשלם ממיטב שלו, אבל למה שקונה אחר שהזיק קודם העמדה בדין, אינו חייב לשם מן המיטב וזאת למרות שניתן לגבות ממנו מכוח נכסיו השייכים לו ['מיניה]. אך נשאר בזה בצ"ע לדינא.
**הערוך השולחן (ט) כתב על דבריו**: 'ולא ראיתי לאחד מן הפוסקים שחילקו בזה וגם אין הסברא נותנת.
לשון השו"ע:

**כשבית דין נזקקין לגבות לניזק מנכסי המזיק, גובין מהמטלטלין תחלה, ואם לא היו מטלטלים כלל, או שלא היו לו מטלטלין כנגד כל הנזק, גובין השאר מהקרקע המעולה שבנכסי המזיק; וכל זמן שימצא מטלטלין, ואפילו סובין, אין נזקקין לקרקע.**
**ואפילו שיש לו כסף, יכול לפורעו בסובין, דכל מטלטלים מיטב נינהו.**
**ושמין אותה כמו שיכול למוכרה מיד ובמקומו.**
**וכשמשלם מהקרקע, אפילו היתה זבורית של מזיק טובה מעידית של ניזק, אינו מקבל ממנו, אלא מגבין לו מעידית שבנכסי המזיק:**

## סעיף ב

לשון השו"ע:

**אם יש למזיק שני עידית, אין הניזק יכול לומר לו: תן לי מעידית פלוני, אלא תלוי ברצון המזיק לתת לו איזה שירצה. אבל אם המזיק חפץ לתת לו העידית שבקש, אלא שהיא עתה בזול וממתין עד שתתייקר, ואומר: אם תרצה אותה קח אותה כפי מה שהיא עתידה להתייקר, אין שומעין לו, אלא צריך ליתנה לו כפי מה ששוה עתה.**

**בסעיף הקודם הבאנו שהגמרא הביאה ישובים שונים** ללימודים סותרים ביחס לאופי גביית תשלומי נזק מן המזיק(מיטב שדהו, ישיב אפילו סובין).
**באחד מישובים אלו סבר אביי** לומר שאכן צריך לשלם מן המיטב ומשלם לו כפי שווי הנכס היום, ויתכן שירוויח הניזק שיקבל יותר קרקע, אך במידה ורוצה הניזק לגבות מבינונית או זיבורית, יכול המזיק לסלקו כפי השווי שיהיה שווה הקרקע בעתיד בזמן שהיא מתייקרת כגון בימי ניסן, ובעצם לתת לו פחות קרקע (וזוהי הכוונה: 'לרבות שווה כסף ואפילו סובין', שאם רוצה הניזק לגבות סובין, כלומר בינונית וזיבורית, יכול לסלקו בשווה כסף גם עתידי- רש"י).
**רב אחא בר יעקב דחה גם ביאור זה**, משום שיוצא שהורע כוחו של ניזק ביחס לבינונית וזיבורית ומשמע מהפסוק שהתורה רצתה לחזק כוחו שיגבה מן העדית ולא לגרוע מכוחו.
בפשטות עולה מסוגיא זו שלעולם הבחירה ביד הניזק מנין לגבות את הזקו, ויכול לדרוש לגבות אף מינונית ומזיבורית כשער הנוכחי.
ואכן כך כתב בהגהות אשר"י בשם תוספות.
אמנם הרא"ש כתב שאין יכולת ביד הניזק לחייב את המזיק להגבותו מן הבינונית או מן הזיבורית שלא כדינו, ודברי הגמרא נאמרו דווקא באופן שנראה שהמוכר אינו חפץ בקרקע הבינונית או הזיבורית, אלא שמנסה לדחוק את המלוה, ובזה אינו רשאי.

- העיר שושן חלק על דברי הטור בזה והוא טען שדברי הרא"ש לא נאמרו אלא בקרקע עדית וקרקע בינונית שכן זכותו של הניזק לדרוש קרקע בינונית אבל אין לו זכות לדרוש קרקע עידית מסויימת וממלא נמזיק מצי לדחות אותו אצל קרקע אחרת.
- הסמ"ע חלק על דברי העיר שושן אך הש"ך צידד לדבריו.

הט״ז חלק על עיקר דינו של הרא״ש והוא כתב שנראה לו עיקר בש״ם שאין המזיק יכול לדחות את המזיק אצל קרקע אחרת בשום אופן. יש לראות סמוכין לדבריו בדברי ההגהות אשירי הנ״ל.

ועיין לעיל סימן קב, ב את הדין המקביל בענין הלוואה.

סעיף ג
מת המזיק קודם שיפרע, מגבין לניזק מהמטלטלין של יתומים; ואם לא הניח מטלטלין, מגבין לו מזיבורית שבקרקעותיו, שכל הבא ליפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא מהזיבורית.
מגבין לניזק מטלטלים:

- הרי״ף כתב [ו. מדפי הרי״ף על המשנה של שום כסף] שלאחר תקנת הגאונים שמטלטלי דיתמי משתעבדי לבע״ח, ה״ה שמשתעבדי לנזיקין.
- רבינו אפרים תלמידו חלק עליו וס״ל שדווקא לענין הלוואה תיקנו ומשום נעילת דלת. [דבריו הובאו בתוך דברי הרי״ף].

השו״ע פסק כדברי הרי״ף.
גבית זיבורית מיתומים:
ז״ל הגמרא בגיטין נ. " אין נפרעין מנכסי יתומין אלא מן הזיבורית. בעי רב אחדבוי בר אמי: יתומים שאמרו, קטנים או אפילו גדולים? תקנתא היא דעבוד רבנן גבי יתמי, לקטנים עבוד רבנן, לגדולים לא עבוד רבנן, או דלמא משום דלא מסיק אדעתא דמלוה דמית לוה ונפלי נכסי קמי יתמי, דהוה ליה נועל דלת, הלכך אפילו גדולים נמי? ת״ש, דתני אביי קשישא: יתומין שאמרו - גדולים, וא״צ לומר קטנים. ודלמא הני מילי לענין שבועה, דגדול במילי דאבוה כקטן דמי, אבל לענין זיבורית לא. והלכתא: [נ:] יתומין שאמרו - גדולים, וא״צ לומר קטנים, בין לשבועה בין לזיבורית. "

- רבינו יונה [מובא בר״א וברשב״א] כתב שדברי הגמרא אמורים בבע״ח אבל בנזיקין שעיקר דינן תורה לגבות מעידית, לא עשו חכמים תקנה אלא ליתומים קטנים אבל לא לגדולים.
- הרמב״ם פסק את דינו של אביי בין לענין בע״ח ובין לענין נזיקין.

השו״ע פסק כדברי הרמב״ם. המפרשים ציינו לדברי השו״ע לעיל סימן קח, כא שם פסק להדיא כדברי הרשב״א והרבינו יונה ופסקיו סתרי אהדדי. מתוך קושיא זו הסמ״ע רצה להשוות דעת הרמב״ם עם דעת הרשב״א אך הש״ך דחה דבריו. וכן נראה מדברי הגר״א.

# סימן תכ

## החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ ובו מד סעיפים:

## סעיף א

### איסור הכאה

לשון הגמרא בסנהדרין נח:

**אמר ריש לקיש** המגביה ידו על חבירו אע"פ שלא הכהו נקרא רשע שנאמר (שמות ב, יג)"ויאמר לרשע למה תכה רעך"- למה הכית לא נאמר אלא למה תכה אף על פי שלא הכהו נקרא רשע.

**(אמר) זעירי א"ר חנינא** נקרא חוטא שנאמר: "ואם לא לקחתי בחזקה"(שמואל א ב, טז), וכתיב"ותהי חטאת הנערים גדולה מאד"(שמואל א ב, יז).

**רב הונא אמר** תיקצץ ידו שנאמר: "וזרוע רמה תשבר"(איוב לח, טו)

**רב הונא** קץ ידא.

**ר"א אומר** אין לו תקנה אלא קבורה שנאמר "ואיש זרוע לו הארץ" (איוב כב, ח)

**מגמרא זו אנו למדים על חומרת המגביה יד על חבירו**אע"פ שלא הכהו, ומבואר שרב הונא אפילו קץ ידו של אדם שעשה כן.

**ומקור האיסור להכות למד רש"י** מן הפסוק העוסק במלקות שמכה שליח בי"ד, ושם נאמר: "ארבעים יכנו לא יוסיף" (דברים כה, ג), וכתב רש"י על פסוק זה: 'מכאן אזהרה למכה את חבירו'.

**אף הרמב"ם**(חובל ומזיק ה, א)**כתב כן**, וזה לשונו: 'אסור לאדם לחבול בין בעצמו בין בחבירו, ולא החובל בלבד אלא כל המכה אדם כשר מישראל, בין קטן בין גדול בין איש בין אשה דרך נציון, הרי זה עובר בלא תעשה, שנאמר: 'לא יוסיף להכותו'. אם הזהירה תורה שלא להוסיף בהכאת החוטא, קל וחומר למכה את הצדיק'.

**הסמ"ע (א) ציין לכך שהטור והשו"ע למדו כן** מהמשך הפסוק ארבעים יכנו לא יוסיף, **פן יוסיף** להכותו על אלה'.

**וביאר הסמ"ע** שלא היה נוח להם ללמוד כן מהמילים 'לא יוסיף' שיתכן שנאמרו דוקא לגבי זה שלקה לט מלקות, ולכן למדו מן היתור, וביאר הסמ"ע שהרמב"ם לעומתם, העדיף ללמוד מלאו מפורש.

לשון השו"ע

**אסור לאדם להכות חבירו ואם הכהו עובר בלאו שנאמר: "פן יוסיף", ואם הקפידה תורה בהכאת רשע שלא להכותו יותר על רשעו קל וחומר בהכאת צדיק והמרים יד על חבירו להכותו אע"פ שלא הכהו נקרא רשע:**

הגה: וע"ל סי' תכ"א סעיף י"ג ודין הכאת איש לאשתו עיין באה"ע סי' קנ"ד

### חרם הקדמונים על המכה

לשון הרמ"א:

(ד[254])י"א דיש חרם קדמונים באדם המכה לחבירו וצריכין להתיר לו כדי לצרפו למנין עשרה ומיד שמקבל עליו לעשות דין מתירין לו אע"פ שאין המוכהמתרצה (מהר"ם מריזבורק סוף שו"ת מהר"י וייל והנ"מ פ' החובל):

**הסמ"ע (ד) דייק** מלשון הרמ"א שאין צריך לנדות את המכה מחדש, אלא הוא מנודה ועומדמהחרם שהחרימו הקדמונים, וכתב הסמ"ע שנראה שכן הדין בכל חרם קדמונים.

**עוד ביאר הסמ"ע** שהתרת החרם נעשית ע"י שלושה אנשים, 'ולא כמו שעלה על דעת חכם אחד' שעל כל חרם הקדמונים יש צורך בהתרה של מאה אנשים 'מג' קהלות מג' מדינות', ולא מצינו חומרא זו אלא בהיתר לשאת עוד אש(כמבואר בכלבו בסימן קטז).

### עניית לקדיש וקדושה של חזן מכה, וכיצד יש להתייחס לחרמי קדמונים בימינו

**הפת"ש (א) הביא את דברי החתם סופר**(חו"מ סימן קפב)**שכתב** שעל אף שיש לנדות אדם שהכה את חבירו, וודאי שאין להעלותו לתורה, מכול מקום אם העלוהו כחזן, יש לענות אחריו לקדיש

[254] ע"פ מהדורת פרידמן.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

וקדושה, משום ש׳אין ברכותיו ותפלותיו כתפלת הכותים...שהרי ברכותיו כולם לה׳, אלא מחמת עונש וקנס נידוהו הקדמונים׳.ומכול מקום ׳אם יתפלל בחזקה לא יענה הצבור אחריו אמן, והכל כדי לרדות ולכוף כאגמון ראשו עד ישוב׳.
**והוסיף החתם סופר:** ׳אך בעוונותינו הרבים בנידון זה אשר אין איש שם על לב לענשו ולהפרישו וכל הציבור על ימינו, ולשחוק יהיה בעיניו אם יודע שאין היחידים הללו עונין אמן אחר ברכותיו, נמצא הם יפסידו עניית יהש״ר וקדושה והוא יעמוד במרדו ויוסיף חטא על פשע...ואם באנו לדון כמוחרמים כל המחויבים נדוי ע״פ תקנת רבותינו ז״ל בזה״ז, לא נוכל להתעסק עם רוב בנין אנשי הדור הזה׳.

## סעיף ב

### האם המלקה את חבירו חייב מלקות?

לשון הגמרא בכתובות לא :- לב :

הבא על אחותו...יש להם קנס, אף על פי שהן בהכרת - אין בהן מיתת בית דין.
**ורמינהו** אלו הן הלוקין הבא על אחותו... וקיימא לן דאינו לוקה ומשלם.
**אמר עולא** לא קשיא כאן באחותו נערה כאן באחותו בוגרת.
אחותו בוגרת נמי הא איכא בושת ופגם בשוטה והא איכא צערא במפותה השתא דאתית להכי אפי׳ תימא אחותו נערה ביתומה ומפותה.
אלמא קסבר עולא כל היכא דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם מילקא לא לקי מנא ליה לעולא הא גמר מחובל בחבירו מה חובל בחבירו דאיכא ממון ומלקות, ממונא משלם מילקא לא לקי אף כל היכא דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם מילקא לא לקי...
**רבי יוחנן אמר** אפי׳ תימא אחותו נערה כאן שהתרו בו כאן שלא התרו בו.
**אלמא קסבר רבי יוחנן** כל היכא דאיכא ממון ומלקות ואתרו ביה, מילקא לקי ממונא לא משלם ...והרי חובל בחבירו דאיכא ממון ומלקות ממונא משלם מילקא לא לקי?
**וכי תימא** הני מילי היכא דלא אתרו ביה אבל אתרו ביה מילקא לקי ממונא לא משלם.
**והאמר ר׳ אמי א״ר יוחנן** הכהו הכאה שאין בה שוה פרוטה לוקה היכי דמי אי דלא אתרו ביה אמאי לוקה, אלא פשיטא דאתרו ביה וטעמא דלית בה שוה פרוטה הא אית בה שוה פרוטה ממונא משלם מילקא לא לקי.
**כדאמר רבי אילעא** בפירוש ריבתה תורה עדים זוממין לתשלומין, הכא נמי בפירוש ריבתה תורה חובל בחבירו לתשלומין.
היכן ריבתה תורה?...
חובל בחבירו נמי, מכדי כתיב: "כאשר עשה כן יעשה לו" (ויקרא כד, יט), "כן ינתן בו" (ויקרא כד, כ), למה לי? דבר שיש בו נתינה, ומאי ניהו? ממון.
**מגמרות אלו עולה כי כולם מודים,** שהמכה את חבירו אינו לוקה על כך אלא משלם, וזאת אף על פי שהתרו בו : לפי עולא הטעם הוא שלעולם כל שיש חיוב תשלומים משלם ואינו לוקה, ולדעת ר׳ יוחנן אף שבד״כ הדין הוא שלוקה ואינו משלם, בחובל הדין הוא שמשלם ואינו לוקה משום שהתורה רבתה בפירוש את החובל לעניין תשלומים (מהמילים ״כן ינתן לו[255]), ויוצא שהדרך היחידה ללקות בחבלה, זה בהכאה שאין בה נזק של שווה פרוטה, ובזה לוקה כיון שאין חיוב תשלומים.

### חיוב מלקות בהכאת עבד

**הרמב״ם בהלכות סנהדרין**(טז, יב)**כתב:** ״לפיכך כל המכה את חבירו אפילו הכה עבד הכאה שאין בה שוה פרוטה לוקה״, ומשמע שעל כל הלקאת עבד הפחותה משווה פרוטה יש לחייב מלקות.
**אמנם בהלכות חובל**(ה, ג)**כתב:**ואפילו הכה עבד חבירו הכאה שאין בה שוה פרוטה לוקה שהרי ישנו במקצת מצות״. ומשמע לכאורה מלשונו שדווקא על עבד חבירו יש לחייבו, ולא על עבדו שלו.
**הטור** נקט כלשון הרמב״ם בהלכות חובל ממנו עולה לכאורה כי יש לחייב מלקות דווקא כשהכה עבד חבריו.

[255] ועיין בדף לג. שמה מופיעים 2 מקורות נוספים לכך שריבתה תורה חובל לעניין ממון ועיין בשטמ״ק בטעם הדבר.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**וכתב עליו הב״י** : ׳תמיהני על רבינו למה הצריך שיהא העבד של אחרים דאפילו אם הוא שלו למה לא יתחייב מלקות על הכאה שאין בה שוה פרוטה שאף על פי שהוא עבדו כיון שהוא חייב במצות לא ניתן לו רשות להכותו׳, וציין לסתירה בין מקורות הרמב״ם השונים בעניין זה.
**הסמ״ע (ו) כתב לקיים את דברי הטור וביאר** שאכן אין לחייב מלקות על הכאת עבדו במידה והכאה פחותה משווה פרוטה, וזאת בכדי שלא יבוא להכותו מכה גדולה יותר שיש לה שווי ממוני, שבמכה זו יפטר שהרי הוא ממונו.
**הב״ח (יא) השיג על הסמ״ע** וכתב שאדרבה בעבדו שלו, אף אם יכהו הכאה גדולה יותר יהיה מחוייב מלקות, הואיל ולגביו אין לו חיוב ממוני, וביאר שזו הסיבה שכתבו הרמב״ם והטור שחייב על עבדו של חבירו בפחות משווה פרוטה, משום שאם הכה את עבדו שלו, הוא חייב אף במידה והכה ביותר משווה פרוטה.**לדברי הב״ח הסכים הגר״א (ו)** והוסיף וכתב שדברי הסמ״ע זרים מאוד.
**אמנם הש״ך (א) כתב** שאין דברי הב״ח מוכרחים.
**הפת״ש (ב) הביא את דברי השבות יעקב** (א, קפא) **שכתב**שכולם שגגו בדברי הרמב״ם, ונעלמו מעיניהסדברי הרמב״ם בהלכות רוצח (ב, יב) שכתב שיש רשות ביד האדון להכות את עבדו, ולכן פשוט שדברי הרמב״ם נכתבו בדווקא שיש לחייב רק על חבלת עבד חבירו, **וכעין זה כתב החכם צבי** (הנוספות סימן ט).
**השו״ע** כתב ע״פ הבנתו ברמב״ם שיש לחייב על הכאת עבד כנעני ולא חילק בין עבד שלו לעבד אחר.
לשון השו״ע :

**הכהו מכה שאין בה שוה פרוטה, לוקה, כיון שאין בה חיוב ממון. ואפילו הכה עבד כנעני, לוקה הוא, שהרי חייב במצות:**

## סעיפים ג-ז

### חיוב חמשה דברים

לשון השו״ע :

**<u>סעיף ג:</u>**

**החובל בחבירו, חייב בחמשה דברים: נזק, צער, רפוי, שבת, בושת.אם החבלה בענין שיש בה כל החמש.**

הגה : יש אומרים דצריך ליתן לו ג״כ תוספות מזונות הצריכין בחליו ממה שהיה אוכל כשהיה בריא (נ״י פ׳ החובל), ונ״ל דבכלל ריפוי יחשב. ואם אין בה אלא ד׳, משלם ד׳ ; ואם ג׳, ג׳ ; ואם ב׳, ב׳ ; ואם א׳, א׳.

**<u>סעיף ד:</u>**

**כיצד? קטע ידו או רגלו או אצבע אחד, או שחסרו אחד מכל אבריו, נותן לו כל ה׳ הדברים:**

- דיני חיוב בחמשה דברים מבואר במשנה בב״ק פג :
- הדין בענין שיש רק חלק מחיוב החמשה מבואר בירושלמי (ב״ק ח, א) ביתר פירוט(דוגמאות הירושלמי יובאו לקמן בסעיפים הבאים), וכתב הב״י שכן עולה בגמרא בב״ק פג : וכן פסק הרמב״ם (חובל ב, א-ב).
- דין החיוב להוסיף מזונות הנצרכים לחוליו מבואר בנמוק״י ב״ק(ל.ד״ה ׳ריפוי׳) בשם הירושלמי.

## סעיף ה

### האם יש לשלם על נזק זמני, וכמה?

לשון הגמרא בב״ק פה :-פו.

**בעי רבה:** שבת הפוחתתו בדמים, מהו?

היכי דמי?

כגון שהכהו על ידו וצמתה ידו וסופה לחזור, מאי? כיון דסופה לחזור לא יהיב ליה ולא מידי, או דלמא השתא מיהת אפחתיה?...

**ומילתא דבעיא ליה לרבה, פשיטא ליה לאביי להך גיסא, ולרבא להך גיסא;**

**דאתמר:**הכהו על ידו וצמתה וסופה לחזור:

**אביי אמר:** נותן לו שבת גדולה ושבת קטנה.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה' דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**ורבא אמר:** אינו נותן לו אלא דמי שבתו שבכל יום ויום.
**רבה הסתפק** מה הדין במציאות שהנחבל נחבל באופן כזה שמעבר לכך שמפספס ימי עבודה (כלומר, חיוב שבת) ערכו כעת שווה פחות, אך הוא עתיד להתרפא ולהיות שווה כבעבר (ובלשון הגמרא: 'שבת הפוחתתו בדמים'), האם צריך החובל לשלם אף על היזק זה.
**ומביאה הגמרא שאביי רבא נחלקו בעניין זה:**
**לדעת אביי** צריך לשלם לו גם על ימי אבטלתו וגם על הנזק שנפחת בעקבות זה.
**ולדעת רבא,** אינו צריך לשלם לו אלא דמי שבתו שבכל יום, [וכפי שנשכרים פועלים (רש"י ועיין לקמן סעיף יז)].
**ונפסק להלכה כרבא** שאינו משלם לו אלא כדמי שבתו שבכל יום, ע"פ הכלל שהלכה כרבא מלבד ביע"ל קג"ם.
לשון השו"ע:
**הכהו על ידו, וצבתה**[סמ"ע- מלשון וצבתה בטנה (במדבר ה' כ"ז) דהיינו נפחה] **וסופה לחזור; או הכהו על עינו ומרדה וסופה לחזור, אין כאן נזק, ונותן לו שאר ארבע דברים:**

## סעיפים ו- ח

**מצבים בהם החובל משלם רק על חלק מתוך חמשת הדברים**
לשון השו"ע:
**<u>סעיף ו:</u>**
**הכהו על ראשו וצבתה, אין כאן נזק ושבת, ונותן לו שאר השלשה דברים:**

**<u>סעיף ז:</u>**
**הכהו במקום שאינו נראה, ולא ראהו שום אדם, אינו נותן לו אלא צער וריפוי.**

**<u>סעיף ח:</u>**
**הכהו במטפחת שבידו או בשטר וכיוצא בזה, אין כאן אלא בשת.**
(וי"א דוקא שהוא במקום רואין) (הראב"ד).
הכול מלשון הרמב"ם (חובל ב, ב) ומקורו מן הירושלמי (ב"ק ח, א). [מקור הסעיפים הבאים בבלי ולכן יובאו בנפרד].

## סעיף ט

**תשלום על צער בלבד- גרימת כאב בלבד**
לשון השו"ע:
**כוואו בשפוד על צפרנו, במקום שאינו עושה חבורה ואינו מעכבו ממלאכה, אינו נותן אלא צער.** (ואם היה במקום רואין, חייב בבושת) (המ"מ שם).
כך מבואר בב"ק פה: שזהו צער שאינו במקום נזק.

## סעיף י

**תשלום על ריפוי בלבד- השקהו סם ושינה עורו**
**הגמרא בב"ק פה:** נותנת דוגמא לתשלום על ריפוי שלא במקום נזק וזה לשונה:
ריפוי - דהוה כאיב ליה מידי, וסליק ואייתי ליה סמא חריפא ואחווריה לבישריה, דצריך לאותבי ליה סמא לאנקוטיה גוונא דבישריה
**וביאר המהרש"ל**(ים של שלמה ב"ק ח, ז): 'כגון שהיתה לו מכה בתחילה ונתרפא. וזה המזיק הניח עליה סם, ומהפכו למראה צרעת. לכן צריך זה המזיקו לרפאות אותו, שיהפך למראה בשר כבתחילה.
**אמנם הרמב"ם**(חובל ב, ג)**והשו"ע** הביאו דוגמא קצת אחרת לחיוב על ריפוי בלבד וזאת במקרה שהשקהו סם, ושינה מראה עורו, (המהרש"ל כתב שאף דין זה נכון לדינא)
**וכתב הגר"א (טו)** שצריך לומר שכך הייתה גרסת הרמב"ם בגמרא.
לשון השו"ע
**השקהו סם, או שסכו סם ושינהו ממראה עורו, אינו משלם לו אלא ריפוי בלבד.**

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

## סעיף יא

### תשלום על שבת בלבד- סגר אדם בחדר ובטלו ממלאכה

**הגמרא בב״ק פה:** נותנת דוגמא לתשלום על שבת ללא נזק והוא במציאות שסגר את האדם בחדר ובכך ביטלו ממלאכה (לשון הגמרא: ׳דהדקיה באינדרונא ובטליה׳).

**הרא״ש**(ב״ק ח, ג) **כתב** שהאדם חייב רק במידה והביאו ממקום אחר וסגרו שם, אך אם רק סגרו באותו מקום אינו חייב, מפני שהזיקו ב׳גרמא׳ בלבד, ויש לדמות זאת לדין המבואר בב״ק נה: בענין פורץ גדר בפני בהמת חבירו שפטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים ו׳מה לי פורץ גדר ונאבדה ומה לי גודר בפניה ומתה ברעב.

**עוד דימה הרא״ש דין זה לדברי תוספות בסנהדרין**(עז. ד״ה ׳סוף חמה לבא׳) שכתבו שבמידה וכפת אדם את חבירו במקום שכבר היה שם וסוף חמה לבוא ולהורגו אינו חייב, ורק במידה והביאו ממקום אחר וכפתו חייב משום ׳מקרב דבר אצל האש׳[256].

**השו״ע פסק** כדברי הרא״ש שאין לחייב את הסוגר, אלא במידה והביאו ממקום אחר.

[**האבן האזל הקשה על פסק השו״ע**, שהרי בסימן שצו סעיף ד פסק בעקבות דברי הרמב״ם (נזקי ממון ד, ב) שיש לחיב את הפורץ גדר בפני בהמת חבירו במידה והיה הגדר חזק ובריא, וא״כ היה לו לחייב אף במקרה כאן שהרי הרא״ש דימה בין המקרים, ועוד שגם הרמב״ם בהלכות חובל (ב, ג) לא הצריך שיביאו ממקום אחר בכדי שיתחייב.

**ותירץ אבן האזל** שנראה שיש לחלק בין חיוב על היזק, שבו יש לחייב אף בגרמא, לבין חיוב על שבת שבו אינו חייב בגרמא (ודימה זאת לכך שלשיטתו אינו חייב על גרמא בשוגג) וכתב שאף שהרמב״ם לא הצריך שיביאו ממקום אחר בשביל לחייב, יש לומר שזאת משום שהרמב״ם עסק במקרה שקשרו בידיים, וכלשון הרמב״ם ׳אסרו׳, ובזה פשוט שחייב אף כשלא הביאו ממקום אחר הואיל ועשה מעשה בידים, ואף הרא״ש בזה, ובזה מיושב פסק השו״ע[257]].

לשון השו״ע:

**הכניסו בחדר וסגר הדלת עליו ובטלו ממלאכתו, אינו נותן לו אלא שבת בלבד. אבל אם היה כבר בחדר וסגר עליו מלצאת, הוי גרמא בנזקין ופטור מדיני אדם.**

## סעיף יב

### תשלום עלגילוח או הסרת שיער ע״י סם

**בסעיף ה הבאנו שבגמרא בב״ק פה: הסתפק רבה** אם יש לחייב על נזק זמני שעתיד להתרפא.

**הגמרא רצתה להוכיח** שיש לחייב אף על נזק זמני מדברי הברייתא הקובעת שיש לחייב בתשלומים את המכה אביו ואמו ולא עשה בהם חבורה, או החובל ביום הכיפורים ולא עשה חבורה, הואיל ובזה אין עונש מיתה.

**הגמרא הניחה** שכל מכה שאין לה חבורה זוהי מכה שעשויה להשתנות ואע״פ מחייבים את החובל לשלם.

**הגמרא דחתה ראיה זובתחילה**, משום שניתן לומר שמדובר במציאות שחבל באופן שחרש את אביו ואמו (או סתם אדם ביוה״כ) ובזה יש חבלה ללא חבורה.

**הגמרא דחתה ראיה ז**ומשום שרבה עצמו פסק שיש לחייב מיתה על החרשת אב ואם משום ׳שאי אפשר לחרישה בלא חבורה׳.

**הגמרא המשיכה לדחות את הראיה**, משום שניתן לומר שמדובר באופן שגילח את אביו ואמו (או סתם אדם ביוה״כ).

**הגמ׳ הקשתה על דחיה זו** שהרי סוף כל סוף אף מכאן ניתן להוכיח שיש לחייב על נזק העתיד להתרפא, שהרי גילוח עתיד להתרפא.

**מסקנת הגמרא היא** שמדובר באופן שהשיר ראשו על ידי סם, שזהו נזק שאינו עתיד להשתנות, ויש לחייבו על הנזק של הגילוח, על הצער משום הבקעים שנוצרו בראו״ש, ועל השבת משום שמדובר באדם שעוסק בריקוד וכעת הוא לא יכול לנדנד את ראשו בשעת הריקוד, ועל הבושה משום ש׳אין לך בושת גדולה מזה׳.

**בסעיף ה כבר התבאר שנפסקכרבא** שאין לחייב על נזק זמני.

**לאור זאת פסקו הרמב״ם**(חובל ב, ד)**והשו״ע** שאין לחייב על נזק בגילוח, ומחוייב לתת לו רק על בושת, ומכול מקום על הסרת שיער בסם יש לחייב חמשה דברים.

לשון השו״ע:

---

[256]**אבן האזל**(חובל ב, ג) **הקשה על דברי הרא״ש** כיצד דימה בין דינם של תוספות לנדון דידן, שהרי במקרה שם, ברגע שכפתו עוד לא נעשה ההיזק, ולכן מובן מדוע הזיקו רק בגמרא, ואילו בנדון דידן מהרגע שסגר את הדלת כבר התחיל ההיזק שאינו יכול לצאת ולעסוק במלאכתו

**ותירץ אבן האזל**, שאכן הרא״ש לא בא לדמות בין המקרים, ועיקר טענת הרא״ש היא שיש לדמות בין דין זה למציאות שפרץ גדר בפני בהמת חבירו, אלא שבא לתרץ מדוע שלא נפטור אף במידה והביאו ממקום אחר וסגר בעדו, שהרי בהבאתו לא הזיקו, ובסגירת הדלת הזיקו בגרמא בלבד, ולענין זה הביא את דברי תוספות שכתבו שאף שאין לחייב במידה וכפתו בלבד, יש לחייב במידה והביאו ממקום אחר וכפתו, והביא שכן עולה מדברי המהרש״ל (יש״ש ב״ק ח, ז)]

[257]עיין עוד בעניין זה בדברי משפט (א) ובשואל ומשיב תניינא א עב. כמו כן יש להעיר שהנחתו של אבן האזל שאין לחייב על שבת בגרמי כבר מצויה בטור בשם הרמ״ה בסימן שח וכן בקצות שם (ב).

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה' דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**גילח שער ראשו, אינו נותן לו אלא בושת.**
**סכו בסם עד שאין סוף השער לחזור, חייב בה' דברים, שהרי מצטער מן הסם, ושבת שהרי הוא ראוי לרקד ולנדנד (שער) ראשו בשעת ריקוד, ונמצא בטל ממלאכה זו:**

## סעיף יג

### תשלוטעל חסרון איבר

**בסעיף הקודם התבאר** שיש לחייב על הסרת שיער את חמשת החיובים של חובל.
**הרמב"ם**(חובל ומזיק ב, ה) **כתב** שיש ללמוד מדין זה 'שכל המחסר חברו אבר שאינו חוזר חייב בכל החמשה דברים. אפילו הפיל שינו חייב בכל, שאי אפשר שלא יחלה פיו שעה אחת. אף על פי שהשן אין לה רפואה, בשר השינים צריך רפואה, **וכן פסק השו"ע.**
לשון השו"ע:
**המחסר את חבירו אבר שאינו חוזר, חייב בכל הה' דברים. אפי' הפיל שינו, חייב בכל, שאי אפשר שלא יחלה פיו שעה אחת; אף על פי שהשן אין לו רפואה, בשר השינים צריך רפואה:**

## סעיף יד

### תשלום על צלקת- במקום הנראה ושאינו נראה

**בהמשך לסעיף הקודם כתב הרמב"ם** (חובל ומזיק ב, ו): 'אפילו חסרו כשערה מעור בשרו חייב בחמשה דברים, שהעור אינו חוזר אלא צלקת. לפיכך החובל בחברו וקרע העור והוציא ממנו דם חייב בחמשה דברים.
**המגיד משנה תמה על דברי הרמב"ם** משום שבסוגיא בב"ק פז:-פח. העוסקת בעניין תשלומי אב על חבלת בנו, או תשלומי אחר בבתו, עולה בפשטות שאין לחייב על הזק במקום שאינו ניכר.
**הסמ"ע (טז) כתב לישב** שיש חילוק בין חבלה בבתו שאינה מקפדה על אביה בכל מקום, לבין חבלה במקומות אחרים.
**האבן האזל ביאר,** שבפשטות לא היה לאב לזכות בחבלת בתו, משום שזהו נזק לעולם והוא שייך בה רק עד שתגדיל, והסיבה שהוא זוכה בכל דמי החבלה, זה רק משום שיכול למוכרה לאמה ושאדון ייעדה לעולם, ובזה כל נזק הפוגע בייעוד שייך לבעל, וזה דווקא חבלה במקום הניכר, וכל חבלה במקום שאינה נכר אינה שייכת לאב, אך אכן יש חיוב לשלם בזה סתם כך.
לשון השו"ע:
**אפילו חסרו כשעורה מעור בשרו, חייב בה' דברים, שהעור אינו חוזר אלא** צלקת (פי' רושם מכה שנתרפאה). **לפיכך החובל בחבירו וקרע העור ויצא ממנו דם, חייב בה' דברים.**

## סעיף טו

### כיצד שמים נזק?

לשון המשנה בב"ק פג:
בנזק כיצד? סימא את עינו, קטע את ידו, שיבר את רגלו, רואין אותו כאילו הוא עבד נמכר בשוק, ושמין כמה היה יפה וכמה הוא יפה.
**וכתב הרא"ש**(ב"ק ח, ד) ששמין לכל אדם לפי מלאכתו, כגון: אם היה עבד נוקב מרגליות ושיבר רגלו- שמין את פחת דמיו בשביל חסרון רגלו, והוא דבר מועט, ואם קטע ידו הוא דבר מרובה.
**עוד כתב הרא"ש** שנראה שכל מה ששמים לפי מלאכתו זה דווקא להוסיף על השומא הבסיסית, אך אם הפחת של אותו אדם, פחות מפחת של עבד העומד לשימוש מסתבר שאינו מפסיד בגלל שהוא עוסק במלאכה יקרה יותר, שהרי אם ירצה לא יעשה דבר זה, ויהיה ככל אדם.
**הש"ך הביא שהמהרש"ל** (ים של שלמה ח, יא) **חלק וכתב** שכל אדם נישום כעבד ואין זה משנה במה הוא עוסק, וכתב עליו הש"ך שאין טעם לדבריו.
**השו"ע פסק** כלשון המשנה ששמים אותו כעבד.
**והרמ"א הוסיף** את דברי הרא"ש בקצרה, והסמ"ע (טז) הרחיב בדברי הרא"ש.
**וביאר הסמ"ע (טז)**שאפילו אם הוא אדם חשוב שמים נזקו כעבד, ובעניין בושת יהיה התחשבות בכבוד האדם.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

## כיצד שמים- כעבד עברי, או כעבד כנעני?

**כתב הסמ״ע (טז)** שנחלקו הראשונים אם לשומו כעבד עברי (רש״י [פג: ׳וכמה הוא יפה׳] ונמוק״י [ל.])**או** כעבד כנעני (רא״ש ב״ק ח, א)משום שגם חסרון אברו הוא לעולם.

לשון השו״ע:

**כיצד משערים הה׳ דברים:**

**נזק, אם חסרו אבר או חבל חבורה שאין סופה לחזור שמין אותו כאלו הוא עבד נמכר בשוק, כמה היה שוה קודם שחבל בו וכמה נפחתו דמיו אחר החבלה, וכך יתן לו.**

הגה: ואם היה בעל אומנות, כגון נוקב מרגליות, וקטע לו ידו, משערינן הזיקו כפי מה שהוא. אבל אם קטע רגלו, שאין מזיק לו כל כך, משערינן היזיקו כאילו לא היה בעל אומנות (טור בשם הרא״ש):

## סעיף טז

## כיצד מחשבים תשלום צער?

### מדידת צער במקום נזק

לשון המשנה בב״ק דף פג:

צער - כואו (או) בשפוד או במסמר, ואפילו על ציפורנו מקום שאינו עושה חבורה, אומדין כמה אדם כיוצא בזה רוצה ליטול להיות מצטער כך.

ובגמרא בדף פה.

צער במקום נזק היכי שיימינן?

**אמר אבוה דשמואל:** אומדין כמה אדם רוצה ליטול לקטוע לו ידו.

לקטוע לו ידו, לא צער לחודיה הוא, הא כולהו חמשה דברים איכא! ועוד, בשופטני עסקינן?

אלא, לקטוע ידו הקטועה. ידו הקטועה נמי לא צער לחודיה איכא, הא צער ובושת איכא, דכסיפא ליה מילתא למשקל מבשרו למשדייה לכלבים!

אלא, אומדין כמה אדם רוצה ליטול לקטוע לו ידו המוכתב למלכות בין סם לסייף.

**אמרי:** הכא נמי לא שקיל ומצער נפשיה!

אלא, אומדין כמה אדם רוצה ליתן לקטוע לו ידו המוכתב למלכות בין סייף לסם.

האי ליטול, ליתן מבעי ליה!

**אמר רב הונא בריה דרב יהושע:** ליטול זה מזה מה שנתן זה.

**מבואר במשנה** שתשלומי צער נמדדים, בסכום שהיה אדם מוכן לקבל בשביל לסבול צער זה.

**הגמרא שואלת** כיצד ניתן לשום צער לאחר שכבר שולם הנזק?

**אביו של שמואל הציע בתחילה** שהשומא היא כפי שעולה מפשטות המשנה, שבודקים כמה אדם מוכן לקבל בכדי שיקוצו את ידו.

**הגמרא מציגה שיש בעיה במדידה זו** הואיל ובמערכת השיקולים של כמה הוא מוכן לקבל בעבור קציצת היד, עומדים שיקולים נוספים שאינם קשורים דווקא לצער, אלא גם לשאר חמשה דברים, ועוד שאיננו עוסקים בשוטים המוכנים לקבל כסף בעבור צער של קטיעת יד.

**על כן מציעה הגמרא** שמדידה זו נעשית ביחס לתשלום שמוכן לקבל בעבור נטילת יד קטועה שכר אין לה משמעות למלאכה, ולא מקבל עליה דמי נזק.

**הגמרא מקשה** שמכל מקום מעבר לצער יש כאן גם שיקולים של בושת, שידו תשלח לכלבים.

**הגמרא חוזרת להציע** שיש למדוד זאת ביחס ליד שכבר אמורה להקצץ ע״י המלכות, ולשלם את הסכום שהיה אדם מוכן שתקצץ בסיף ולא ע״י סם.

**הגמרא דוחה זאת** משום ש׳לא שקיל ומצער נפשיה׳, ומבאר רש״ישאדם לא מוכן לשום ממון בשביל לצער נפשו, וכאן כבר מדובר שנקצצה היד ואנו רוצים לדעת כמה בפועל שווה צער זה לאחר שכבר נעשה מעשה.

(הרא״ש (ב״ק ח, א) שאיננו מודדים לפי שומא גדולה כזו משום שלמדנו מדיני שן ורגל שיש להקל בשומות, שכך נלמד מהפסוק ׳ובער בשדה אחר׳ שמשלם רק את הפחת כמבואר בב״ק נח: עיין לעיל סימן שצד סעיף ד)

**הגמרא מסיקה**שאכן לא ניתן למדוד זאת בשאלה כמה אדם מוכן לקבל בכדי לצער עצמו, אלא להיפך, כמה אדם מוכן לשלם בשביל להנצל מצער זה, וזאת במציאות שכבר ידו אמורה להקצץ

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה' דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

בידי המלכות, והשאלה היא כמה הוא מוכן לשלם שתקצץ ע"י סם שלא בכאב, במקום בסיף ובכאב.

## מדידת צער שלא במקום נזק

דברי הגמרא נאמרו ביחס לתשלום צער כשיש גם תשלום נזק, ונחלקו הראשונים האם גם במידה שאין תשלום נזק אלא רק צער בלבד, המדידה נעשית באופן זה, או שבמקרה זה יש למדוד כמה מוכן אדם לקבל בכדי לחוות צער זה:

**כתב הב"י שמדברי הרמב"ם**(חובל ב, ט-י)**עולה** שבמקרה שיש צער בלבד, שמין כמה מוכן לקלב בעברו צער זה. (וזה לשון הרמב"ם: 'כמה הוא הצער? הכל לפי הניזק. יש אדם שהוא רך וענוג ביותר ובעל ממון, ואילו נתנו לו ממון הרבה לא היה מצטער מעט. ויש אדם שהוא עמל וחזק ועני, ומפני זוז אחד מצטער צער הרבה. ועל פי הדברים האלה אומדין ופוסקין הצער. כיצד משערין הצער במקום שחסרו אבר, הרי שקטע ידו או אצבעו אומדין ואומרין כמה אדם כזה רוצה ליתן בין לקטוע לו אבר זה בסייף או לקטוע אותו בסם אם גזר המלך עליו לקטוע ידו או רגלו ואומדין כמה יש בין זה לזה ומשלם המזיק)

**אמנם הרא"ש** (ב"ק ח, א)**כתב** שלעולם המדידה נעשית בשאלה כמה מוכן לשלם בשביל להנצל מהצער, ולא בשאלה כמה מוכן לקבל בשביל לחוות צער זה, ולכן במקום שאין נזק השאלה תהיה כמה יהיה מוכן

השו"ע הביא דין זה רק לגבי נזק במקום צער.

והרמ"א הביא את דברי הרא"ש שאף שלא במקום צער המדידה נעשית באותו האופן.

לשון השו"ע:

**צער כיצד?**

**הרי שקטע אצבעו, אומדים כמה אדם רוצה ליתן בו לקטע לו אבר זה בסייף או לקטוע אותו בסם, אם גזר המלך לקטוע אבר**(בסייף)**,ומה שיש בין זה לזה משלם לו.**

הגה: ובמקום דאיכא צער לחוד, משערין אם היה גוזר המלך לכוות אותו בשפוד על צפרנו וכדומה, כמה היה נותן להנצל מצער זה (טור בשם הרא"ש):

## סעיף יז

### כיצד מחשבים תשלומי שבת?

לשון המשנה בב"ק פג:

שבת - רואין אותו כאילו הוא שומר קישואין, שכבר נתן לו דמי ידו ודמי רגלו.

ובגמרא בדף פה:

**אמר רבא:** קטע את ידו - נותן לו דמי ידו, ושבת - רואין אותו כאילו הוא שומר קישואין; שיבר את רגלו - נותן לו דמי רגלו, ושבת - רואין אותו כאילו הוא שומר את הפתח.

סימא את עינו - נותן לו דמי עינו, ושבת - רואין אותו כאילו הוא מטחינו בריחים.

**מבואר במשנה** שאת תשלומי השבת משלמים כתשלום שומר קישואין, והסיבה היא שכרגע לאחר שקטועה ידו אינו ראוי לעשות מלאכה אחרת, ואינו צריך לשלם לו שבת של מלאכה אחרת, משום שתשלום זה כבר שולם בתשלום הנזק ששילם כמה פיחת ממנו בעבור שנטל ממנו ידו.

### תשלום שבת בקטיעת 2 רגלים

**מבוארבגמרא בשם רבא** שדווקא כשקטע ידו משלם שבת כשומר קישואים, אך כשקטע רגלו משלם רק כדמי שומר הפתח, משום שכבר אינו יכול לשמור קישואים מפני שאינו יכול ללכת סביב הגינה.

**הרא"ש** (ב"ק ח, ד) **הגביל את דברי רבאובויאר** שהכוונה שקטע את שתי רגליו, אך כשקטע רגל אחד, עדיין הוא יכול לשמור קישואים, שכן עולה מלשון המשנה: 'רואין אותו כאילו הוא שומר קישואין, שכבר נתן לו דמי ידו ודמי רגלו.

הטור כתב כדברי הרא"ש.

**אמנם השו"ע כתב**: 'קיטע רגלו'.

**וכתב הסמ"ע (כ)** שכוונתו קיטע רגליו. (וכן כתב המ"מ בדעת הרמב"ם)

### תשלום שבת כשסימא 2 עיניו

**עוד מבואר בדברי רבא** שבמידה וסימא את עינו, משלם לו שבת כמי שמטחינו ברחים.

ואף לגבי זה כתב הרא"ש שזה דווקא כשסימא את 2 עיניו, אך כשסימא את עינו הראשונה, עדיין ראוי הוא למלאכתו הראשונה, **וכן כתב הרשב"א**(ב"ק ד"ה 'סימא'), **וכן כתב הנמוק"י**(ל:) **בשם הרא"ה.**

**השו"ע כתב:** 'סמיא עינו'.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה' דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**וכתב הסמ"ע (כ)** שכוונתו 'סימא עיניו' (וכן כתב המ"מ בדעת הרמב"ם)

## תשלום שבת ביחס לאותה אומנות

**עוד כתב הרא"ש** שכל זה נאמר ביחס לסתם בני אדם שאינם בני אומנות אבל אם הוא בעל מלאכה שמין אותו לאותה מלאכה שיכול לעשות אחר שתירפא,'ולמה ישומו לו בימי חליו כאילו הוא שומר קישואין', **וכן פסק הרמ"א.**

## תשלום שבת שלא במקום נזק

**בסעיף ה הבאנו שנפסק להלכה** שאף במידה ויש נזק זמני אינו משלם אלא שבת, ושם ביאר רש"י שמשלם שבת כדמי פועל רגיל ולא כשומר קישואים וזאת משום שבמקרה זה הוא אינו נותן לו דמי ידו ורגלו.
**לדברי רש"י הסכימו שאר הראשונים:רי"ף** (ב"ק לא.)**רמב"ם** (חובל ב, יא) **הרא"ש**(ב"ק ח, ו)**והרשב"א** (ב"ק פו. ד"ה 'דמי')שכתבו שמשלם כדמי המלאכה שמתבטל ממנה.

## כיצד משלמים דמי פועל?

**כתב הטור** : 'נותן לו כפועל בטל של אותה מלאכה דבטל ממנה, ורואין כמה היה רוצה ליקח ויהיה בטל, וזה תלוי כפי מה שהוא מלאכתו, שיש מלאכה כבידה ושכרה מועט שהיה לוקח מעט שישב בטל, ויש מלאכה קלה ששכרה הרבה וצריכין ליתן לו הרבה שישב בטל ממנה'.
**וכתב הסמ"ע (כ):** 'ודומה לזה פירש הטור בפועל בטל ביו"ד סימן שי"ב בדין ראיית בכור במומו, ע"ש, והרמב"ם [פ"ט משכירות ה"ז] הוסיף בזה וכתב דאם הוא אדם שהבטלה קשה לו כאוכלסי דמחוזא צריך ליתן לו כל שכרו, ודומה לזה כתב הטור לעיל סוף סימן של"ד ושל"ה [סעיף א'] ע"ש].

## האם יש לשלם תשלומי שבת על אדם שאינו עובד, או על עבודה שאינה ודאית?

**כתב המהרש"ל**(ב"ק ח, יא):
ונראה דלא שיימינן שום שבת, אלא דמלאכה. אבל שבת שהיה יכול להסתחר ולהרויח, לא שיימינן. דמי יודעו אם הצליח. ואין זה פסיקא.
ואפילו שבת דמלאכה, היינו דוקא במלאכה שהוא רגיל לעשות. אבל אם הוא אינו רגיל במלאכה. או מחמת עשירות, או מחמת עצלות. אינו נותן לו שבת כלל. ולא אמרינן, מאחר שהיה יכול לעשות מלאכה אם היה רוצה, דלמא היה עושה. ועכשיו אפילו רוצה לא יכול לעשות. מ"מ משום ספיקא, דדילמא לא היה עוסק במלאכתו, לא משלמינן. וקרא מסייע לי, רק שבתו יתן, ולא אמר שבת, אלא שבתו, כלומר שבת שלו, שהיה עוסק בראשונה.

לשון השו"ע:
**כיצד משערין השבת?**
**אם לא חסרו אבר אלא חלה ונפל למשכב, או צבתה ידו וסופה לחזור, נותן לו שבתו של כל יום ויום כפועל בטל של אותה מלאכה שבטל ממנה.**
**ואם חסרו אבר, כגון שקטע ידו, נותן לו דמי ידו שהוא הנזק, ושבת רואין אותו כאילו הוא שומר קשואין, ורואין כמה הוא שכר שומר קשואים בכל יום, ועושין חשבון כל ימי חוליו של זה ונותן לו. וכן אם קטע רגלו, רואין אותו כאלו הוא שומר על הפתח. סימא את עינו, רואין אותו כאלו הוא טוחן בריחים; וכן כל כיוצא בזה.**
הגה: ודוקא בסתם בני אדם שאינן בני אומנות, אבל אם הוא בן אומנות ויכול לעסוק במלאכתו אחר חליו, משערין השבת כפי המלאכה דבטל מיניה (טור סי"ט בשם הרא"ש).

## סעיף יח

**אמדוהו בשבת וריפוי ובפועל לקח לו יותר זמן להבריא, או פחות זמן**
לשון הברייתא בב"ק צא.
**ת"ש:** חמשה דברים אומדין אותו ונותנין לו מיד:
ריפוי ושבת - עד שיתרפא.

אמדוהו והיה מתנונה והולך - אין נותנין לו אלא כמו שאמדוהו.
אמדוהו והבריא - נותנין לו כל מה שאמדוהו.

לשון השו"ע:

**כיצד משערין הריפוי?**
**אומדים בכמה ימים יחלה מחולי זה, וכמה הוא צריך, ונותן לו מיד; ואין מחייבים אותו לתת דבר יום ביומו, ודבר זה תקנה הוא למזיק.**
**וכן השבת אומדין אותו ונותן הכל מיד.**
**אם היה מתגלגל בחוליו והולך וארך החולי יותר על מה שאמדוהו, אינו מוסיף לו כלום; וכן אם הבריא מיד, אין פוחתין ממה שאמדוהו:**

## סעיף יט

**תשלומים על מכה שיצרה אבעבועות** [עלה בו צמחים]

לשון המשנה בב"ק פג:

עלה בו צמחים, אם מחמת המכה - חייב, שלא מחמת המכה - פטור. (וביאר התורה תמימה (משפטים כא הערה קמג): 'צמחים הם כמו אבעבועות, ובע"ז ל"ט א' לענין סימני דגים חזא דהוי בה צמחי, פירש"י קשקשים דקים'.ובאנציקלופדיה התלמודית(ערך בועא) :מלאות מוגלא, והיינו ליחה הנמשכת כדבש,)

חייתה ונסתרה חייתה ונסתרה - חייב לרפאותו, חייתה כל צורכה - אינו חייב לרפאותו.

ובגמרא ב"ק פה.

**ת"ר:** עלו בו צמחים מחמת המכה ונסתרה המכה - חייב לרפאותו וחייב ליתן לו דמי שבתו, שלא מחמת המכה, אינו חייב לרפאותו ואינו חייב ליתן לו דמי שבתו.

**ר' יהודה אומר:** אף מחמת המכה - חייב לרפאותו ואינו חייב ליתן לו דמי שבתו.

וחכמים אומרים: שבתו ורפואתו, כל שחייב בשבת חייב בריפוי, ושאינו חייב בשבת אינו חייב בריפוי.

במאי קא מיפלגי?

**אמר רבה,אשכחתינהו לרבנן בבי רב דיתבי וקאמרי:** הכא במכה ניתנה לאגד קמיפלגי, רבנן סברי: מכה ניתנה לאגד, ורבי יהודה סבר: מכה לא ניתנה לאגד, ריפוי דתנא ביה קרא - מיחייב, שבת דלא תנא ביה קרא - לא מיחייב.

**ואמינא להו אנא:** אי מכה לא ניתנה לאגד, ריפוי נמי לא מיחייב!

**אלא,** דכולי עלמא - מכה ניתנה לאגד ולא ניתנה לאגד יתירה, ר' יהודה סבר: כיון דלא ניתנה לאגד יתירה, ריפוי דתנא ביה קרא - מיחייב, שבת דלא תנא ביה קרא - לא מיחייב; ורבנן סברי: כיון דתנא ביה קרא בריפוי, אשבת נמי מיחייב, דאיתקש לריפוי. ור' יהודה סבר: שבת לא מיחייב, דמעטיה רחמנא רק: ורבנן? רק לשלא מחמת המכה הוא דאתא.

ולרבנן בתראי דאמרי: כל שחייב בשבת חייב בריפוי, וכל שאינו חייב בשבת אינו חייב בריפוי, ריפוי דתנא ביה קרא למה ליי?

מיבעי ליה לכדתנא דבי ר' ישמעאל; דתניא, דבי ר' ישמעאל אומר: "ורפא ירפא" - מכאן שניתן רשות לרופא לרפאות.

**ת"ר:** מנין שאם עלו בו צמחים מחמת המכה ונסתרה המכה, שחייב לרפאותו וחייב ליתן לו שבתו? ת"ל: רק שבתו יתן ורפא ירפא, יכול אפילו שלא מחמת המכה? ת"ל: "רק".

**ר' יוסי בר יהודה אומר:** אף מחמת המכה - פטור, שנאמר: "רק".

**איכא דאמרי:** אף מחמת המכה - פטור לגמרי, כרבנן בתראי.

**ואיכא דאמרי:** אף מחמת המכה - פטור משבת וחייב בריפוי, כמאן? כאבוה.

**אמר מר:** יכול אפילו שלא מחמת המכה? ת"ל: רק.

שלא מחמת המכה בעי קרא?

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**אמרי:** מאי שלא מחמת המכה? כדתניא: הרי שעבר על דברי רופא ואכל דבש או כל מיני מתיקה, מפני שדבש וכל מיני מתיקה קשין למכה, והעלה מכתו גרגותני, יכול יהא חייב לרפאותו? ת"ל: "רק".

**מבואר שישנה מחלוקת תנאים** בעניין חיוב על תשלום אבעבועות שנוצרו מחמת המכה:

- **דעת ר׳ יהודה** שאמנם ניתנת לנחבל הזכות לאגד את מכתו אך לא יותר מדי, ולכן אין לחייב שבת בעקבות האבועות שנוצרו מאגד המכה, אך ריפוי יש לחייב משום ששנה הכתוב: ׳ורפוא ירפא׳.
- **ות״ק סבר** שהיות ויש לחייב על ריפוי יש לחייב גם על שבת.
- **וחכמים סברו** שהיות ואין לחייב בשבת אין לחייב גם על ריפוי.

**עוד מבואר שאף ת״ק מודה** שיש לפטור על אבעבועות שלא מחמת המכה, משום שנאמר ׳רק שבתו יתן׳, וביארה הגמרא שמדובר במציאות שעבר על דברי הרופא ואכל דברים שקשים למכה ושיצרו אבעבועות.

**הרמב״ם פסק**(ב,יט) **מכוח גמרא זו** שבמידה ולא אמדו את הנזק בתחילה, והחליט המזיק לשלם על הריפוי לפי כל יום, חייב לשלם על אבעבועות דמי שבת וריפוי, וכן על מכה שחזרה, אך אם עלו שלא מחמת המכה חייב בריפוי אך לא בשבת.

**הראב״ד והטור השיגו על הרמב״ם** שעל אבעבועות שלא מחמת המכה אין לחייב גם בריפוי.

**המגיד משנה כתב** שיש לשנות את הגרסא ברמב״ם שפטור גם על הריפוי, ויוצא שפסק כת״ק.

**אמנם הב״י כתב** שאין לשנות את הגרסא ברמב״ם, אלא יש לומר שהרמב״ם גרס אחרת בדעת ת״ק, ולדעתו ת״ק חייב ריפוי אף על אבעבועות שלא מחמת המכה, וכן מסתבר הואיל והגמרא מבארת שהמיעוט הוא מ׳רק שבתו יתן׳ ויותר מסתבר שזה ממעט דוקא משבת ולא מריפוי.

**מכול מקום השו״ע פסק כטור וכראב״ד** שאין לחייב כלל על אבעבועות שלא מחמת המכה, ואף לא ריפוי.

## האם חובל ששתם משלם דבר יום ביומו או כפי אומד הריפוי בתחילה?

**לשון הרמב״ם** (חובל ב, יד-יט בדילוגין):

כיצד משערין הריפוי, אומדין בכמה ימים... ודבר זה תקנה היא למזיק...במה דברים אמורים בשרצה המזיק, שזו תקנה היא לו, אבל אם אמר המזיק אין רצוני בתקנה זו אלא ארפאהו דבר יום ביומו שומעין לו...הרי שלא פסק עמו אלא היה מרפא יום יום.

**מדברי הלבוש (יט) עולה שהבין מהלשון:** ׳ אבל אם אמר המזיק אין רצוני בתקנה זו׳ שכל שלא אמר כן, משלם לפי האומד הכללי ולא דבר יום ביומו.

**אמנם הסמ״ע (כב) השיג עליו וכתב** שמלשון ׳הרי שלא פסק עמו אלא היה מרפא יום יום׳, משמע שכל שלא פסק בפועל לשלם לפי אומד כללי- משלם דבר יום ביומו.

לשון השו״ע:

**אמר המזיק: אין רצוני בתקנה זו אלא ארפאנו דבר יום ביומו, שומעין לו. הרי שלא פסק עמו אלא היה מרפא יום יום, ועלו בו צמחים מחמת המכה, או נסתרה המכה אחרי שחייתה, חייב לרפאותו ולתת לו דמי שבתו; עלו בו צמחים שלא מחמת המכה, אינו חייב לרפאהו ולא לתת לו דמי שבתו.**

## סעיף כ

## עבר הנחבל על דברי הרופא

לשון השו״ע:

**עבר על דברי הרופא והכביד עליו החולי, אינו חייב לרפאותו.**

**כן עולה מהגמרא בדף פג:** שהובאה בסעיף הקודם, בביאור הפטור על אבעבועות שעלו שלא מחמת המכה,עי״ש.

**אמנם הקשה הב״י** שהרמב״ם פסק שחייב בריפוי על אבועות שלא מחמת המכה, ואילו פטר כשעבר על דברי הרופא.

**ותירץ הב״י:** ׳וצריך לדחוק ולומר דכי קאמר כדתניא הרי שעבר על דברי רופא וכו׳ לאו דההיא הויא שלא מחמת המכה דאיירי בה מתניתין אלא הכי קאמר גוונא אחריתא כי ההיא דעבר על דברי רופא ...ואף על פי שהם דומות קצת זו לזו לענין הדין הן מוחלקות שבזו חייב לרפאתו ובזו אינו חייב לרפאתו׳. (ועדיין הדבר צריך ביאור ועיין לח״מ, מרכבת המשנה, מגדל עוז, קרבן חגיגה ישי״ש).

## סעיף כא

## אם יכול החובל לרפאותו בעצמו או להביא רופא בחינם

לשון השו״ע:

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה' דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**אמר לו המזיק: אני ארפא אותך, או: יש לי רופא שמרפא בחנם, אין שומעין לו, אלא מביא רופא אומן ומרפאו בשכר:**

כן מבואר בגמרא בב"ק פה. והסיבה היא שיכול לומר שאינו רוצה להתרפא ממנו משום שהוא דומה עליו כאריה אורב, וכן אינו רוצה להתרפא מרופא שלא נוטל שכר, משום שמי שעבודתו בחינם, עבודתו שווה כעבודה של אדם העובד בחינם.

## סעיף כב

**אם יכול החובל להביא רופא ממקום רחוק**

לשון השו"ע:

**אם יאמר המזיק: אביא לך רופא ממקום רחוק שיקח שכר מועט, יכול הנחבל לומר לו: הרופא שהוא במקומו מדקדק יותר, שלא יפסיד המחאתו:**

שם בגמרא ב"ק פה.

## סעיף כג

**אם יכול הנחבל לרפא עצמו ולקחת את דמי הריפוי לעצמו**

לשון השו"ע:

**אמר הנחבל: תן לי שכר הרופא ואני ארפא את עצמי, יכול החובל לומר לו: שמא לא תרפא עצמך יפה ויקראו אותי מזיק לעולם:**

מקור דין זה גם כן בגמרא בב"ק פה.

## סעיף כד

**כיצד מחשבים תשלומי בושת?**

לשון המשנה בב"ק פג:

בושת - הכל לפי המבייש והמתבייש.

לשון השו"ע:

**כיצד משערין הבושת?**

**הכל לפי המבייש והמתבייש; אינו דומה מתבייש מהקטן למתבייש מאדם גדול ומכובד, שזה שביישו הקל בושתו מרובה.**

הגה: וכן המתבייש, לפי מה שכבודו גדול בושתו מרובה (טור). והמבזה כהן בושתו יותר גדולה מבאיש אחר (ריב"ש סימן צד).

מה שכתב השו"ע שהביוש תלוי במבייש, מקורו ברמב"ם (חובל ב, ג).(ומה שכתב הרמ"א שהדבר תלוי גם במתבייש הוא מהטור).

**הסמ"ע (כה) הביא את דברי רש"י**(כתובות מ. ד"ה 'הכל')**שכתב**שבושה מאדם בינוני, גדולה מבושה מאדם גדול או קטן.

**וכן הביא את דברי הר"ן שכתב** (ב"ק יד בדפי הרי"ף). שדברי רש"י נכונים ביחס לשאר חבלות, אך לא ביחס לאונס ומפתה (שלא כרש"י) שבזה הבושה הגדולה ביותר היא להאנס או להתפתות ע"י המזולזל ביותר.

## סעיף כה

**תשלומים על החרשה**

לשון הגמרא בב"ק פה:

**אמר רבא:** חירשו - נותן לו דמי כולו.

**וביאר רש"י** שכאשר חרש אדם יש לשלם דמי כולו, משום שכעת אינו ראוי לשום מלאכה.

**תוספות**(ב"ק פה: ד"ה 'חרשו')**הקשו** מהמבואר בערכין בדף ב. שיש ערך לחרש שוטה וקטן.

**ותרצו תוספות בשם ר"ת**שלחרש בידי שמים יש ערך, אך לחרש בידי אדם אין ערך.

**עוד תירצו בשם ר"י**לר"י נראה שכאן מדובר במי שאין לו אומנות, ולכן כשנתחרש אינו שווה כלום, ואילו בערכין מדובר באדם שיש לו אומנות.

**הרא"ש**(ב"ק ח, ה) **כתב בפשיטות כדברי ר"י** שכל דברי הגמרא כאן עוסקים בחרש שאין לו אמנות.

**וכן פסק השו"ע.**

**הפת"ש (ד) הביא את דברי הדגול מרבבה** שכתב שאם דמי כולו בלי האומנות, שווה יותר מהפחת שחסרו מהאומנות שהייתה לו, נותן לו דמי כולו, ולא את הפחת.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

## החרשה ע״י צעקה באוזן

לשון הגמרא בב״ב צא.

.**תא שמע:** הכהו על עינו וסימאו, על אזנו וחירשו - עבד יוצא בהן לחירות; כנגד עינו ואינו רואה, כנגד אזנו ואינו שומע - אין עבד יוצא בהן לחירות.

מאי טעמא? לאו משום דבעינן אומדנא, ושמע מינה: יש אומדנא לנזקין.

לא, משום דאמרינן: הוא דאבעית נפשיה.

כדתניא: המבעית את חבירו - פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, כיצד? תקע באזנו וחירשו - פטור, אחזו ותקע באזנו וחירשו - חייב.

**מבואר בגמרא** שיש חילוק בין מבעית תוקע באזנו וחירשו שפטור, לבין אחזו ותקע בו שחייב.

**וביאר רש״י** שכאשר אחז בו זהו מעשה שלו.

**ובירושלמי**(כלאים ח,ב)**מבואר** בטעם הפטור כשלא אחזושהוא משום שיכל לברוח.(ועיין בשטמ״ק בשם הרמ״ה שאימץ את כיוון הירושלמי ולכן סבר שאם לא היה יכול להרכין ראשו לצד אחר להינצל מן ההיזק חייב, שהרי זה כמזיקו על ידי חציו)

**ובמרדכי** (ב״ק סימן צה)**כתב** שבמידה שתקע בכותלואחזו בידו יש לחייבו, **והביאוהו הד״מ (כב) והסמ״ע (כז).**

[אמנם לי לא פשוט מלשון המרדכי שלזה כיוון בציורו והיה נראה לי שכוונתו שאחז את האדם והכהו בכותל, וזה לשון המרדכי: ׳והוא הדין אם אחזו ודחה בכותל כנגד אזנו ונתחרש חייב׳.

וברב פעלים יו״ד ח״ב סימן לה כתב:

**ולכאורה קשה** והלא בלא אחזו פטור, היינו משום דלא עביד הנזק בו עצמו אלא גרמא הוא דעביד, וא״כ באחזו אמאי חייב, והלא אין ההזיק של עצמו בא מן האחיזה, אלא בא מן קול ההכאה שהיתה בכותל נגד אזנו וזה גרמא הוא, ואמאי יתחייב באחזו?

..**אתי שפיר,** דהכא לולי דאחזו לא היה מתחרש מקול ההכאה שהכה בכותל, כי ע״י שאחזו וקירבו והטהו אל ההזק נתחרש, ולהכי חשיב אחיזה דידיה עשה מעשה בגוף ההיזק, ואפילו אם היה אדם אחר מכה בכותל, ג״כ יתחייב זה האוחז אותו שהטהו וקירבו אל קול ההכאה שהכה אותו אדם בכותל, והו״ל עשה מעשה ההזק הזה בידים,

**וכן... אתי שפיר,** דהכא נמי י״ל הא בלא״ה אסור לו להזיק את חבירו, אך משום דלא עביד מעשה בידים בגוף חבירו, כי אם גרמא פטור מן הממון, ולהכי כל שעשה מעשה כל דהו בגופיה לסייע בנזק, אז חשיב ע״כ אותו ההזק הוא מעשה דידיה ממש שעשה בגוף חבירו, שבזה יתחייב בממון לשלם, ככה אמרתי בהשקפה ראשונה.

**ושוב נתבוננתי בס״ד עוד בדבר זה, ואמרתי, דאין אנחנו צריכין לכל זה** הכא, משום די״ל נזקין שאני, דהא איתא בגמרא דסנהדרין דף ע״ו ע״ב, דברוצח אתא קרא לרבות המצמצם, ...ויליף רבינא דין נזקין מדין רוצח בקל וחומר, ולהכי ס״ל לרבינא בצמצם לבהמת חבירו בשימש ומתה מחייב, והלכה כרבינא דיליף נזקין מרוצח, וכן פסק הרמב״ם ז״ל, וכן פסקו הטור והש״ע ח״מ סי׳ שפ״ג סעיף ה׳ ע״ש, והשתא להכי אף על פי שזה ההזק בא ע״י גרמא, דוקא מכח שהכה בכותל, מ״מ כיון שהוא היה אוחזו באותה שעה והרגע שבא לו ההזק. שלא היה אפשר לו להציל עצמו ולהטות אנה ואנה הרי זה חייב מדין מצמצם, ע״ש עוד.].

לשון השו״ע:

**צעק באזנו וחרשו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.**

**אחזו ותקע באזנו וחרשו, או שהכהו באזנו וחרשו, נותן לו דמי כולו אם אינו בעל אומנות.**

**ואם הוא בעל אומנות וראוי עדיין לאותו אומנות, רואים כמה נפחתו דמיו ונותן לו.**

## סעיף כו

**הזיקו מספר פעמים בכמה הזקים ולבסוף חרשו, אם משלם על נזק בפני עצמו?**

לשון הגמרא בב״ק פה:

**בעי רבא:** קטע את ידו ולא אמדוהו, שיבר את רגלו ולא אמדוהו, סימא את עינו ולא אמדוהו, ולבסוף חירשו, מהו?

מי אמרינן: כיון דלא אמדוהו, בחד אומדנא סגי ליה, ויהיב ליה דמי כוליה בהדי הדדי, או דלמא חדא חדא אמדינן ויהבינן ליה?

נפקא מיניה? דבעי למיתב ליה צער ובושת דכל חדא וחדא, נהי דנזק וריפוי ושבת דכל חדא וחדא לא יהבינן ליה, דכיון דקא יהיב ליה דמי כוליה כמאן דקטליה דמי, והא יהיב ליה דמי כוליה, צער ובושת מיהת דכל חדא וחדא יהיב, דהא הוה ליה צער ובושת?

ואם תימצי לומר: כיון דלא אמדוהו קא יהיב ליה דמי כוליה בהדי הדדי,

אמדוהו מהו?

מי אמרינן: כיון דאמדוהו חדא חדא בעי למיתב ליה, או דלמא כיון דלא שלים יהיב ליה דמי כוליה? תיקו.

**רבה הסתפק** מה הדין במקרה שקטע אדם את ידו של חברו, ולאחר מכן שיבר את רגלו, ולאחר מכן סימא את עינו ובסוף חירשו. האם יש לשום כל חבלה בפני עצמה, או ששם הכל יחד.

**וביאר רבה** שפשוט לו שהנזק נמדד בבת אחת משום שודאי נותן לו דמי כולו וזה מכסה נזק, שהרי לבסוף חירשו ובזה משלם לו דמי כולו.

**ובגרסא שלפנינו היה פשוט לרבה**גם שאין לחייב על שבת וריפוי באופן נפרד, וכל הסתפקותו היא: האם צריך לשלם על צער ובושת של כל חבלה בפני עצמה.

**עוד הסתפק רבה** שאף אם נניח[׳אם תמצי לומר׳] שהואיל ולא אמדוהו בתחילה, יש לבצע מדידה אחת להכל, עדיין יש לשאול מה הדין במקרה שכבר מדדו כל נזק בפני עצמו ועדיין לא גבו אותו, האם נאמר שהיות וכבר אמדו, ישלם כל נזק בנפרד, או שהיות ועוד לא גבו, יש לאמוד את כל הנזק יחד.

**התוספות** (ב״ק פה: ד״ה ׳נהי׳)**התקשו בדברי רבה** שלא יתכן לומר כלל שיש לאמוד את הבושת והצער יחד, ולא להתחשב בכל אחד בפני עצמו שהרי בפועל יש לו בושת וצער מכול דבר בנפרד, עוד כתבו שלא יעלה על הדעת, שעל הריפוי אין כלל ספק שאינו מחוייב בפני עצמו ושהוא בכלל הנזק, מפני שלמרות שכבר חירשו, עדיין זכאי הנחבל להתרפא מהקטיעה ושבירת הרגל וסימוי העין.

**על כן כתבו תוספות** שיש למחוק את הריפוי ממה שהיה פשוט לרבה, ולגרסו ביחד עם צער ובושת.

**וכן פירשו תוספות** שפשוט שבבושת צער וריפוי, יש להתחשב בכל אחד מההזקים, אלא השאלה היא אם יש לשום כל נזק בפני עצמו או כולם יחד, ובזה הערכה תהיה נמוכה יותר, **והסכימו לדבריהם הרא״ש** (ב״ק ח,ה) ו**הרשב״א**(ב״ק פה: ד״ה ׳נהי׳).

**הרא״ש הוסיף וכתב** שאף בעניין שבת פשוט שיש לחייב על השבת שבין נזק לנזק שהרי באותו זמן לא עבד מכוח אותו הנזק בלבד, וכן כתב הטור והביאו הסמ״ע(אמנם המהרש״ל [יש״ש ב״ק ח, יג] והב״ח (יז) כתבו שצריך לומר שלרא״ש הייתה גרסא אחרת בגמרא, הואיל ולפי גרסתנו מבואר שאין לחייב על כל שבת בפני עצמו, ונראה שהסמ״ע וכן הפלפולא חריפתא לא הבינו כן בראי״ש, עי״ש).

**אמנם השטמ״ק הביא את דברי הראב״ד שהבין את הגמרא כגרסתינו** שפשוט שאין לחייב על נזק וריפוי בעבור כל נזק, משום שלאחר שחרשו יש להחשיבו כמת וכבר נותן לו דמי כולו, ושוב לא שייך לחייבו על ריפוי ונזק, וכל הספק הוא רק לגבי צער ובושת שהינם תשלומים סובייקטיבים ביחס לצער ובושת של כל אדם, ובזה יתכן עדיין יש לחייב על כל נזק.

**ויוצא לשיטת הראב״ד** שלמסקנה אין לחייב גם על צער ובושת במידה ולא אמדו בתחילה, ובמידה ואמדו כל נזק בפני עצמו בתחילה, נותר הדבר בספק.

**ונחלקו הפרשנים בהבנת דעת הרמב״ם:**

**כתב הרמב״ם**(חובל ב, יג):

...הואיל ולא אמדוהו בכל נזק ונזק נותן לו דמי כולו. אמדוהו לכל נזק ונזק ואחר כך אמדוהו לכולו אין גובין ממנו אלא דמי כולו בלבד, ואם תפש הניזק נזק כל אבר ואבר ודמי כולו אין מוציאין מידו.

הרמב״ם בלשונו התייחס לתשלומי נזק ולא פשוט מה דעתו ביחס לשאר התשלומים:

**המגיד משנה רצה לבאר** שדעתו כתוספות שביחס לשאר התשלומים (ריפוי, בושת, צער) פשוט שחייב לשלם ביחס לכל היזק, אלא ששמים הכל יחד, ולכן כל דברי הרמב״ם נסובים רק ביחס לנזק ולשבת.

**וכתב הב״י** שהיות ודעת הרא״ש התוס׳ והרשב״א אחת היא, ויתכן שכך גם דעת הרמב״ם, כך יש לפסוק להלכה.

**אמנם המרכבת המשנה ביאר** שהרמב״ם סובר כראב״ד שספק הגמרא נסוב ביחס לכל ההזקים, ולמסקנה, במידה ולא אמדוהו, נותן לו דמי עבד כולו ובזה כיסה את כל החוב, ואם לא אמדוהו, נותר הדבר בספק שמא כל נזק הינו כבר נזק חדש, ויש לחשבו בפני עצמו.

**השו״ע סתם כלשון הרמב״ם**.

**והרמ״א הוסיף את דברי התוספות ושאר ראשונים** שפשוט שמשלם על בושת צער וריפוי בעבור כל נזק, אלא ששמים הכל יחד.

**עוד הוסיף הרמ״א** לשיטתו שלא מועילה תפיסה בספק דין ושלא כדעת הרמב״ם והשו״ע.

[יש להעיר שהרא״ש (ב״ק ח,ה) סבר שיש להכריע בספק זה ולחייב על נזק בפני עצמו וביאר שהיות ומן הדין פשוט שיש לחייבו גם על שאר הדברים כפי שביארנו וכל הספק אם לשומם בנפרד או יחד, נראה שאחר שכבר שמו, אין טעם שיעשו שומא אחרת ׳שכבר נתחייב בשומא ראשונה׳.

המהרש״ל (יש״ש ב״ק ח, יג) והפלפולא חריפתא (י) תמהו על הרא״ש מנין לו להכריע מדעתו בדין הנותר בספק בגמרא. דעתו של הרא״ש לא הוזכרה בשו״ע וברמ״א והסמ״ע (כט) ציין אליה]

לשון השו״ע:

**סימא עינו ולא אמדוהו, (קטע ידו ולא אמדוהו), וקטע רגלו ולא אמדוהו, ואח״כ חרשו, הואיל ולא אמדוהו מכל נזק ונזק, נותן לו דמי כולו.**
הגה: ומחוייב ליתן צער וריפוי ובשת של כל מכה ומכה, רק שאומדים הכל ביחד (טור בשם הרא״ש). **אמדוהו לכל נזק ונזק, ואחר כך אמדוהו לכולו, אין גובין ממנו אלא דמי כולו בלבד. ואם תפס הניזק נזק כל אבר ואבר ודמי כולו, אין מוציאין מידו.**
הגה: וכבר נתבאר סימן שפ״ח דיש חולקין וסבירא להו דלא מהני תפיסה (הרא״ש והטור).

## סעיף כז

### האם נותנים זמן לפרוע חבלות, ומה הדין בתשלומי בושת וצער?

לשון המשנה בב״ק צ:

ומעשה באחד שפרע ראש האשה בשוק, באת לפני רבי עקיבא, וחייבו ליתן לה ארבע מאות זוז. אמר לו: רבי, תן לי זמן, ונתן לו זמן. שמרה עומדת על פתח חצרה, ושבר את הכד בפניה ובו כאיסר שמן, גילתה את ראשה והיתה מטפחת ומנחת ידה על ראשה, העמיד עליה עדים ובא לפני רבי עקיבא.

א"ל: לזו אני נותן ד' מאות זוז?

א"ל: לא אמרת כלום,

ובגמרא בדף צא.

ומעשה באחד שפרע ראש האשה [וכו'].

ומי יהבינן זמן?

**והאמר רבי חנינא:** אין נותנין זמן לחבלות!

כי לא יהבינן ליה זמן - לחבלה דחסריה ממונא, אבל לבושת דלא חסריה ממונא - יהבינן.

**מן הסיפור במשנה עולה** כי רבי עקיבא נתן זמן לאדם שבייש את האש לפרוע את חובו.
**והקשתה על כך הגמרא** שהרי רבי חנינא אמר שאין נותנים זמן לחבלות.
**ותירצה הגמ׳** שיש לחלק בין חבלות המחסרות ממון שבזה חייב לפרוע מיד, לבין חיוב בושת שבזה נותנים זמן, **וכן פסק השו״ע.**
**וכתב הסמ״ע (לא)** שבמידה וחסרו ממון, אין נותנים לו זמן אפילו בעבור תשלום הבושת.

### האם נותנים זמן בעבור תשלומי צער?

**כתב הסמ״ע(לא)** שנראה שאין נותנים זמן גם בעבור צער שהרי אף בו אין חסרון ממון, וכתב שאין ראיה מכך שהפוסקים כתבו זאת רק לעניין בושת, משום שהם נקטו כלשון הגמרא.

### האם נותנים זמן על חבלות כשמבקש להביא עדים?

**כתב הש״ך (ד)שמוכח מדברי התוס׳**(ב״ק מו: ד״ה ׳שאין׳)**והרא״ש**(ב״ק ה, א)**בב״ק מו:** ביחס לביאור המשפט ׳אין נזקקים אלא לתובע תחילה׳ שאם מבקש זמן להביא עדים לפטור את עצמו, נותנים לו זמן אפילו לחבלות במידהונכסי המזיק יורדים במחרים מחמת התביעה וכדברי הנימוק״י שם (ב״ק כ:), ושלא כב״ח שהשיג על הנמוק״י(עיין בש״ך בסימן כד ס״ק ג).

לשון השו״ע:

**כשבית דין מגבין לנחבל ארבעה דברים, אין נותנים לחובל בהם שום זמן. אבל אם לא עשה בו דבר אלא שביישו, נותנים לו זמן כיון שלא חסרו ממון:**

## סעיף כח

בעניין רציחה נאמר בספרי (מסעי, פסקא קס):

"אם באבן יד אשר ימות בה הכהו וימות רוצחהואמות יומת הרוצח" למה נאמר?

לפי שהוא אומר וכי יריבון אנשים והכה איש את רעהו (שמות כא יח) שומע אני שאם יכנו בין בדבר שהוא כדי להמיתו ובין בדבר שאינו כדי להמיתו יהא חייב

ת"ל ואם באבן יד אשר ימות בה הכהו מגיד הכתוב שאינו חייב עד שיכנו בדבר שהוא כדי להמיתו.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**מבואר בספרי** שבכדי לחייב על רציחה, יש לבדוק, האם המעשה בו נעשה הרציחה היה ראוי באמת להרוג, או שבד״כ מעשה כזה אינו הורג.
**הגמרא בב״ק צא. מסתפקת** האם דין זה נכון דווקא בעניין רציחה, או שגם לעניין חיוב נזק אין לחייב במידה ומעשה ההיזק לא היה ראוי לאותו היזק, וזה לשון הגמרא:

**איבעיא להו:** יש אומד לנזקין, או אין אומד לנזקין? מי אמרינן: לקטלא הוא דאמדינן, בהכי נפקא נשמה בהכי לא נפקא נשמה, אבל לנזקין כל דהו, או דלמא לא שנא?...

למימד גברא כמה ליקצר מיהא מכה, כמה לא מקצר - לא קא מבעי לן דודאי אמדינן.

כי קא מבעיא לן - למימד חפצא אי עביד האי נזקא או לא, מאי?

**ת״ש, שמעון התימני אומר:** מה אגרוף מיוחד שמסור לעדה ולעדים, אף כל מיוחד שמסור לעדה ולעדים,

**שמע מינה:** יש אומד לנזקין, שמע מינה.

במהלך המשא ומתן של הגמרא מתברר שפשוט לגמרא שיש למדוד כמה ראוי אדם לפול למשכב מאותה מכה, ואינו חייב אף אם לקח לו יותר זמן להתרפא, וכל ההסתפקות היא, האם יש לבדוק שגם החפץ אתו הזיק, היה ראוי ליצור היזק כזה.
הגמרא מסיקה לבסוף שיש אומד לנזיקין,**וכן פסק השו״ע.**

## מי עושה את האומד?

**מבואר בגמרא** שנחלקו התנאים מי עושה את האומד:
**שמעון התימני אומר** שבית דין אומדים אותו, ולומד כן מן הפסוק: ״והכה איש את רעהו באבן או באגרוף״ (שמות כא, יח)—׳מה אגרוף מיוחד שמסור לעדה׳.
**ר׳ עקיבא סובר**שדי באומד של העדים,ולומד כן מאותו פסוק ״מה אגרוף המסור לעדים, אף כל המסור לעדים״.
**להלכה נפסק כר׳ עקיבא** שדי באומד של העדים.

## האם צריך אומד לבושת?

**כתב הרמב״ם** (חובל א, יח) ׳הרי שהכה חבירו ב,צרור קטן שאין בו כדי להזיק ... הרי זה פטור ...אבל חייב הוא בבושת בלבד שאפילו רקק בגופו של חבירו חייב בבושת.
**וכתב הב״י** שזה פשוט **וכן פסק בשו״ע.**

## אבד החפץ, על מי מוטלת חובת הראיה שהיה בו בכדי להזיק?

**כתב הרמב״ם** (חובל א, יח):׳ואם אבד החפץ ואמר החובל לא היה בו כדי להזיק וכמו אנוס אני, והנחבל אומר היה בו כדי להזיק, ישבע הנחבל ויטול׳, ודימה זאת לדין שבועת הנחבל.

## אם חייב בדיני שמים על נזק שלא היה בו בכדי להזיק?

**הפת״ש (ה) הביא את דברי המהרש״ל**(ים של שלמה ב״ק ח, לח) **שכתב** שאפילו אם אמדו שאין החפץ ראוי לנזק הזה, חייב מדיני שמים ודימה זאת לדין׳המבעית את חברו׳.
**אך הביא הפת״ש שהשבות יעקב** (א, קפ) **השיג על המהרש״ל וסבר** שיש לפוטרו לחלוטין, כסתימת הפוסקים, וכתב שאין לדמותו למבעית ששם חייב משום שהיה לו להעלות בדעתו שחברו יתבעת.
לשון השו״ע:

**כשם שאומדים למיתה, כך אומדים לנזיקין.**
**כיצד?**
**הרי שהכה חבירו בצרור קטן שאין בו כדי להזיק, או בקיסם של עץ קטן, וחבל בו חבלה שאין חפץ זה ראוי לעשותו, הרי זה פטור, שנאמר: ״באבן או באגרוף״**(שמות כא, יח)**- דבר הראוי להזיק; אבל חייב הוא בבושת בלבד, שאפילו רקק בגופו של חבירו חייב בבושת;**
**לפיכך צריכים העדים לידע במה הזיק, ומביאין החפץ שהזיק בו לבית דין, עד שאומדין אותו ודנין עליו.**
**ואם אבד החפץ, ואמר החובל: לא היה בו כדי להזיק, ונחבל אומר: היה בו כדי להזיק, ישבע הנחבל ויטול:**

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה' דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

## סעיף כט

### האם צריך לאמוד ברזל אם ראוי הוא להריגה?

לשון הגמרא בסנהדרין בדף עו:

**אמר שמואל**: מפני מה לא נאמרה יד בברזל - שהברזל ממית בכל שהוא.

**תניא נמי הכי, רבי אומר**: גלוי וידוע לפני מי שאמר והיה העולם שהברזל ממית בכל שהוא, לפיכך לא נתנה תורה בו שיעור. והני מילי דברזיה מיברז.

לשון השו"ע:

**הברזל, אין לו אומד; אפילו מחט קטנה ראויה היא להמית, ואין צריך לומר להזיק. ודוקא כעין מחט, שהיא חדה, אבל אם לא הזיק אלא מחמת משקלו, שאינו מחודד כלל, אומדים אותו כשאר דברים:**

**וכתב הסמ"ע (לח)** שנראה שאפילו אם הברזל מחודד והזיקו שלא בחודו אלא במשקלו- פטור 'דזיל בתר טעמו'.

## סעיף ל

### הזורק אבן והוציא אחר את ראשו ונזוק ממנה

לשון הגמרא בב"ק לב:- לג.

**ת"ר**: הנכנס לחנותו של נגר שלא ברשות, ונתזה בקעת וטפחה על פניו ומת - פטור, ואם נכנס ברשות - חייב.

מאי חייב?

**א"ר יוסי בר חנינא**: חייב בד' דברים ופטור מגלות, לפי שאין דומה ליער, יער - זה לרשותו נכנס וזה לרשותו נכנס, זה - לרשות חבירו נכנס.

**רב זביד משמיה דרבא מתני לה אהא**: "ומצא" - פרט לממציא את עצמו.

**מכאן א"ר אליעזר בן יעקב**: מי שיצתה אבן מתחת ידו, והוציא הלה את ראשו וקיבלה - פטור.**א"ר יוסי בר חנינא**: פטור מגלות וחייב בארבעה דברים.

מאן דמתני לה אהא - כ"ש אקמייתא.

ומאן דמתני לה אקמייתא, אבל אהא פטור לגמרי.

**מן הגמרא עולהכי ישנה מחלוקת לשונות**, האם יש לחייב בד' ארבעה דברים את הזורק אבן, ולאחר שיצאה האבן מתחת ידו הוציא אחר ראשו וקבלה והוזק, ורק במידה ונהרג האדם מכך יש לפוטרו מהגלות, או שיש לפוטרו גם בד' דברים במידה והזיק.

**הרי"ף פסק שלא כלישנא בתרא** (עיין ביתר פירוט בסימן תכא סעיף ט)ויש לפוטרו גם מד' דברים, **וכן פסקו הרמב"ם**(חובל א, יט) **והשו"ע.**

לשון השו"ע:

**הזורק אבן, ולאחר שיצאה מתחת ידו הוציא הלה ראשו מהחלון וקבלה, פטור מכולם, שנאמר: "ומצא את רעהו"**(דברים יט, ה)**- פרט לממציא את עצמו:**

## סעיף לא

### החובל בעצמו

לשון המשנה בב"ק צ:

ומעשה באחד שפרע ראש האשה בשוק, באת לפני רבי עקיבא, וחייבו ליתן לה ארבע מאות זוז. אמר לו: רבי, תן לי זמן, ונתן לו זמן. שמרה עומדת על פתח חצרה, ושבר את הכד בפניה ובו כאיסר שמן, גילתה את ראשה והיתה מטפחת ומנחת ידה על ראשה, העמיד עליה עדים ובא לפני רבי עקיבא. א"ל: לזו אני נותן ד' מאות זוז? א"ל: לא אמרת כלום, החובל בעצמו אף על פי שאינו רשאי - פטור, אחרים שחבלו בו - חייבים, והקוצץ נטיעותיו אף על פי שאינו רשאי - פטור, אחרים - חייבין.

**המשנה מספרת** שר' עקיבא חִיֵּב אדם על שבייש אשה בגילוי ראשה, ואותו אדם רצה לפטור עצמו בטענה שאף היא בעצמה גילתה ראשה, בכדי להשתמש בשמן שהלך לאבדון.

**ר' עקיבא דחה את טענתו.**

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה' דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**מדברי המשנה עולה כי דחייתו היא** שאע"פשיש לאסור לאדם לחבול בעצמו,מכול מקום הוא פטור(**תוספות**(צא: ד"ה 'החובל')**נתקשו**, מה שייך לומר שהחובל פטור, וכי למי יהיה חייב, וביארו תוספות שהכוונה שאע"פ שהוא לא חס על עצמו וחובל בעצמו וכביכול אין בו צד חיוב, אם אחרים חבלו בו- חייבים, ולקמן נביא ביאור אחר בשם התפארת ישראל-יכין).,ואם אחרים חבלו בו הם חייבים.

**אמנם בברייתא משמע שסבר ר' עקיבא** שאין כלל איסור שהאדם יחבול בעצמו, וכך אמר בברייתא : 'צללת במים אדירים והעלית חרס בידך, אדם רשאי לחבל בעצמו'.

**הגמרא** (צא.- :)**נדרשת לסתירה זו, וזה לשון הגמרא:**

**אמר רבא**, לא קשיא: כאן בחבלה, כאן בבושת.

**והא** מתניתין בבושת הואוקתני: החובל בעצמו אף על פי שאינו רשאי - פטור!

**הכי קאמר ליה**: לא מבעיא בושת, דאדם רשאי לבייש את עצמו, אלא אפי' חבלה, דאין אדם רשאי לחבל בעצמו, אחרים שחבלו בו - חייבין.

ואין אדם רשאי לחבל בעצמו?

**והתניא**: יכול נשבע להרע בעצמו ולא הרע יהא פטור? ת"ל: "להרע או להטיב" (ויקרא ה,ד)- מה הטבה רשות, אף הרעה רשות, אביא נשבע להרע בעצמו ולא הרע!

**אמר שמואל**: באשב בתענית.

דכוותה גבי הרעת אחרים להשיבם בתענית, אחרים מי מיתיב להו בתעניתא?

אין, דמהדק להו באנדרונא.

**והתניא**: איזהו הרעת אחרים? אכה פלוני ואפצע את מוחו!

**אלא תנאי היא**, דאיכא למ"ד: אין אדם רשאי לחבל בעצמו, ואיכא מ"ד: אדם רשאי לחבל בעצמו. מאן תנא דשמעת ליה דאמר: אין אדם רשאי לחבל בעצמו?

אילימא האי תנא הוא, דתניא: "ואך את דמכם לנפשותיכם אדרש" (בראשית ט, ה)-**ר' אלעזר אומר**: מיד נפשותיכם אדרש את דמכם.

ודלמא קטלא שאני!

**אלא האי תנא הוא, דתניא**: מקרעין על המת ולא מדרכי האמורי.

**אמר רבי אלעזר**: שמעתי, שהמקרע על המת יותר מדאי - לוקה משום בל תשחית, וכ"ש גופו; ודלמא בגדים שאני, דפסידא דלא הדר הוא!. כי הא דרבי יוחנן קרי למאני מכבדותא, ורב חסדא כד הוה מסגי ביני היזמי והגא, מדלי להו למאניה, אמר: זה מעלה ארוכה, וזה אינו מעלה ארוכה!

**אלא האי תנא הוא, דתניא: אמר ר"א הקפר ברבי**, מה ת"ל: "וכפר עליו מאשר חטא על הנפש" (במדבר ו, יא) וכי באיזה נפש חטא זה? אלא שציער עצמו מן היין, והלא דברים ק"ו: ומה זה שלא ציער עצמו אלא מן היין נקרא חוטא, המצער עצמו מכל דבר על אחת כמה וכמה.

**הגמרא בתחילה רצתה לומר** שיש לחלק בין חבלת אדם בעצמו שאסורה, לבין ביוש עצמו שמותר.

**הגמרא דוחה זאת מכך** שהמשנה עסקה בבושת, ואעפ"כ כתבה שאסור לחבול בעצמו, ומשמע שגם אסור לבייש.

**הגמרא דחתה דחיה זאת ואמרה** שניתן לומר שאכן מותר לאדם לבייש את עצמו, ורצתה המשנה לומר, שאפילו במציאות של חבלה שאסור לאדם לחבול בעצמו וחבל בעצמו, אם חבלו בו אחרים- חייבים.

**לבסוף הגמרא מוכיחה** שעולה מברייתא שאין איסור לאדם לחבול בעצמו, מכך שכתוב שם שהנשבע עצמו שלא ירע בדבר הרשות, ולא הרע- חייב, ומשמע שלהרע לעצמו אינו אסור, ומוכיחה הגמרא מברייתא שהכוונה היא לעשיית חבלה לעצמו, כמבואר שהרעת אחרים זה חבלה בהם.

**על כן מסיקה הגמרא** כי ישנה מחלוקת תנאים האם מותר לאדם לחבל בעצמו (תוס' ד"ה 'אלא' מבארים שלמסקנה זה מחלוקת המשנה והברייתא בדעת ר' עקיבא).

**הגמרא מחפשת תנא מפורש** האוסר לאדם לחבול בעצמו (לכאורה מלבד במשנה, ועיין תוס' הנ"ל ודוק) .

**הגמרא דוחה את הראיה** מברייתא האוסרת לאדם לאבד עצמו לדעת, משום שיתכן שיש לחלק בין הריגה לחבלה.

**כמו כן דוחה הגמרא את הראיה** מאיסור 'בל תשחית', משום שיתכן שדווקא בבגדים שייך האיסור משום שההפסק אינו חוזר, מה שאין כן בחבלת גוף.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה' דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**לבסוף מסיקה הגמרא** שהתנא האוסר לאדם לחבול בעצמו הוא ר"א הקפר ברבי שאומר שאסור לאדם לצער את עצמו, ולמד כן מכך שהפסוק דורש מהנזיר לכפר 'עליו מאשר חטא על הנפש'
**להלכה פסק הרמב"ם**(חובל ה, א) שאסור לאדם לחבול בעצמו.
**אמנם הטור הביא שהרמ"ה** (הובא בשטמ"ק צא: ד"ה 'רב חסדא') **פסק** שמותר לאדם לחבול בעצמו, וביאר הב"י שפסק שלא כר"א הקפר (ובשטמ"ק מבואר שראייתו היא מסיפור הגמרא על רב חסדא שהיה מרים שמלתו לפני הקוצים בשביל שהוא יחבל ולא הבגד, ורב חסדא הוא 'בתרא', ועולה מדברי הרמ"ה שסבר שלאוסר לחבול בעצמו-יש לאסור זאת גם במקום צורך, שאחרת לא היה מכאן ראיה, ועיין בעניין זה לקמן).
**להלכה פסק השו"ע** שאסור לאדם לחבול בעצמו וכדעת הרמב"ם.

## האם מותר לאדם לבייש את עצמו?

**הבאנו לעיל שהגמרא העלתה אפשרותלחלק** בין בושת לחבלה, שמותר לאדם לבייש עצמו, אך אסור לו לחבול בעצמו.
**ונראה שנחלקו הפוסקים האם למסקנה הגמרא נותרה בחילוק זה:**
**מדברי תוספות עולה** שלמסקנה אין לחלק בין בושת לחבלה, ושניהם אסורים.
**קצת הוכחה לזה מדברי התוספות** (ד"ה 'אלא תנאי') **שכתבו**שלאחר שהסיקה הגמ' שהשאלה אם מותר לאדם לחבול בעצמו נתון במחלוקת תנאים, נדחו תירוצי הגמרא הקודמים (אך בזה היה ניתן לדחות שמה שנדחה הוא שרבי ר"ע בברייתא עסקו בבושת, ודברי ר"ע בברייתא עסקו בחבלה, אך עדיין יתכן שכל דברי ר"ע הן במשנה והן בברייתא עסקו בחבלה ולא בבושת).
**אך יותר מפורש כן מביאורם של תוספות**(ד"ה 'אלא מאי') שהגמרא מביאה ראיה מאיסור קריעת בגדים לכך שאסור לחבול אפילו לצורך, כהקבלה למשנה שמבואר שאסור היה לאשה לטפוח ראשה בשמן אפילו לצורך, ושם מדובר בבושת.
**אף המהרש"ל** (ב"ק ח, נט)**כתב במפורש** שאסור לאדם לבייש את עצמו.
**וכן פסק בשולחן ערוך הרב**(נזקי גוף ונפש ודינהם סעיף ד) שלכן גם אסור לתת רשות לאחר לביישו, ונימק זאת משום ש'אין לאדם רשות על גופו'.
**אמנם המאירי כתב**(צא: ד"ה 'זה שבארנו'): 'ענין בשת ופחיתות אם אינו קפיד על עצמו ומפחית ומבייש את עצמו רשאי'.
**וכן הניחו החוות יאיר** (סב), **הרב משה פיינשטיין**(יו"ד א רמט) **והתפארת ישראל-יכין**(סנהדרין ו, כד) שמהגמרא עולה שאין איסור לאדם לבייש עצמו בשונה בחבלה.

## האם מותר לאדם לחבול עצמו לצורך?

**מדברי תוספות שהבאנו בפסקא הקודמת עולה** שאסור לו לאדם לחבול בעצמו אף לצורך, ולמדו כן מהמקרה במשנה שהאשה הסירה מטפחה לצורך השמן, וכן למדו זאת מהאיסור לאבד עצמו לדעת, שאסור אף שעושה כן מחמת יראה, וכן מדין המקרע על המת שהוא לצורך וכן מקרע על המת זהו לצורך, **וכן פסק המהרש"ל**(ים של שלמה ב"ק ח, נט).
**אמנם בשולחן ערוך הרב** (נזקי גוף ונפש קונטרס אחרון, ב) **תמה על כך מהמבואר בפסחים קיג.** שם הורה רב לרב כהנא שעדיף שאדם יפשוט בהמה בשוק ולא יזדקק לבריות (ראיה זו הינה דווקא לשיטתו ולשיטת המהרש"ל שאין חילוק בין חבלה לבושת).
**האגרות משה**(חו"מ ב, סו)**הקשה על דברי תוספות** כיצד ניתן לומר שיש איסור לחבול לצורך, והרי דין זה נלמד מנזיר המצער עצמו ו'ודאי מסתבר שאם יש לו הנאת ממון או שאר הנאה כשיצער עצמו ולא ישתה יין שלא יהיה אסור, א"כ גם החובל בעצמו... אין לאסור כשהוא לצורך הרוחת ממון או לשאר צרכים'.
**ותירץ האגרות משה**: 'וצריך לומר שביין המונע מלשתות בשביל איזה הרוחה לא נחשב כלל מצטער מזה כיון דהנאתו מהריוח, גדולה מצערו דכשישתה ולא ירויח הרי יהיה לו עוד יותר צער מזה שהפסיד הריוח שהיה משיג כשלא ישתה היין, דהא כל הצער ממניעת שתיית יין הוא רק מצד שמתאוה לזה והרי מתאוה יותר להרויח, אבל בחובל עצמו שהוא צער ממש לא מצד תאוה לא מתחלף זה בצער שלא ירויח שהוא רק מצד תאוה להרויח, ומה שמתרצה לחבול בעצמו בשביל הריוח הוא שמצד רצונו הגדול להרוחת הממון רוצה לסבול הצער שזה אסור.
**עוד הוסיף האגרות משה** שלהלכה כלל לא נפסק כר"א הקפר שנזיר עובר באיסור, וצריך לומר שהאיסור נובע מלימוד אחר (יתבאר לקמן) ולכן יש לאסור אף לצורך, אך כתב שתירוצו הראשון עיקר עי"ש.

## מהו האיסור לחבול בעצמו והאם הוא מדאורייתא או מדרבנן?

**הבאנו לעילשהגמרא שאלה מיהו התנא האוסר על האדם** לחבול בעצמו וניסתה להביא ראיה מאיסור איבוד עצמו לדעת הנלמד מן הפסוק בבראשית (ט,ה): "ואך את דמכם לנפשותיכם אדרש", ושהגמרא דחתה שלא ניתן להוכיח מכאן שיש לאסור אף חבלה, וכן ניסתה להוכיח כן מאיסור 'בל תשחית', ודחתה הגמרא שיתכן שאיסור זה לא חל על גוף האדם משום שזהו הפסד שעתיד לחזור, ולבסוף מסיקה שהתנא שאוסר הוא ר"א הקפר ברבי שמוכיח מנזיר שאסור לאדם לצער עצמו.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**ונחלקו הראשונים והאחרונים** האם למסקנה האיסור לחבול בעצמו נלמד רק מנזיר, או שלאחר שמצאנו את התנא האוסר, יש לומר שטעמי האיסור נובעים מהמקורות שהובאו לעיל של איבוד עצמו לדעת, או של ׳בל תשחית׳, או שמא ממקום אחר, וכן נחלקו האם איסור זה הינו מדאורייתא, או מדרבנן ונציג את השיטות בקצרה (רוב המקורות נלקחו מהמאמר ׳נוהל חניבעל׳ של ר׳ בניה מינצר שעתיד לצאת בספרו בע״ה) :

- **מדברי המבי״ט**(קרית ספר חובל ה ד״ה ׳אסור לאדם׳)**ושבט הלוי** (י, רצב ד״ה ׳ואשר יראה׳) עולה כפשט דברי הגמרא שלמסקנא האיסור נלמד מנזיר מן הפסוק ׳וכפר עליו מאשר חטא בנפש׳
- **המאירי**(ב״ק צ:)**כתב** שאיסור החובל בעצמו ונלמד מן הפסוק ״אך את דמכם לנפשותיכם אדרוש״ וביאר שדרשת ר״א הקפר רק ביארה שהאיסור אינו שייך דווקא לרציחה, אלא לכל צער. וכן כתב בספר חסידים (סימן תרעו)

**כשיטה זו מפורש בתוספתא**(ליברמן ב״ק ט, לא)**וזה לשונה:** ״וכשם שחייב על נזקי חבירו כך הוא חייב על נזקי עצמו הוא עצמו שרק וטס בפניו כנגד חבירו מתלש בשערו מקרע את כסותו משבר את כליו מפזר את מעותיו בחמתו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים שנ׳ ואך את דמכם לנפשותיכם אדרוש״.

**אמנם יש להעיר שהמאירי כתב שהאיסור הינו מדרבנן** וזה לשונו: ׳ שאין זו מצוה גמורה אלא דברי סופרים והמקרא אינו אלא אסמכתא׳. (הפרי חדש בספרו על הרמב״ם [דעות ג, א] כתב שהאיסור נלמד מדרשת ר״א הקפר, אך הוא מדאוריתא אלא שאין עליו חיוב מלקות ואף מתחיל דברי המאירי משמע כן, אלא שלא יתכוש שסוותר עצמו דיבור אחר דיבור, וצריך לומר שמה שכתב שהוא מן התורה אינו בדווקא , וזה שלא כמשנה הלכות חלק ד סימן רמה עיין בזה ודוק)

- **בערוך לנר**(יג:ד״ה ׳דאמר׳)**ובשו״ת מהרי״ט** (ב, או״ח ח)**ובתפארת ישראל יכין**(ב״ק ח, משנה ו ס״ק לט)**מבואר** שהאיסור הוא משום ׳בל תשחית׳, וביאר התפארת ישראל יכין שלמסקנת הגמרא- מר׳ אליעזר הקפר התבאר שאין חילוק בין גוף ללבוש, וממילא חזרה ההשוואה בין בגד לגוף לעניין איסור בל תשחית, וכתב שגם בזה יבוארו דברי המשנה שכתבה שהחובל בעצמו חייב[258], (והבנתי שכונתו שחייב מלקות משום בל תשחית)

**[ר׳ בניה מינצר במאמרו ׳נוהל חניבעל׳ כתב להוכיח כן בדעת רבינו יונה**(שערי תשובה שער ג אות פב) שחיבר לכאורה בין איסור ׳בל תשחית׳ לאיסור לצער עצמו, ע״ש.]

- **הרב שך** (אבי עזרי דעות ג, א)**ביארשלדעת הרמב״ם** האיסור לחבול בעצמו, נובע מאותו מקור של האיסור לחבול בחבירו: ׳ארבעים יכנו לא יוסיף׳. כך יש ללמוד מלשון הרמב״ם (חובל ה, א) :

  אסור לאדם לחבול בין בעצמו בין בחבירו, ולא החובל בלבד אלא כל המכה אדם כשר מישראל בין קטן בין גדול בין איש בין אשה דרך נציון הרי זה עובר בלא תעשה, שנאמר לא יוסיף להכותו.

  **וביאר הרב שך** שכל מה שנלמד מר״א הקפר הוא שיש איסור לצער לעצמו ואינו בעלים על עצמו לענין זה, וממילא אין סברא לחלק באיסור חבלה בין חבלה בעצמו לחבלה באחרים.

### התיר לאחר להכותו אם נעשה הדבר מותר?

**כתב המנחת חינוך**(מצווה מט) שאם התיר לאחר להכותו אין איסור בדבר.

**ובמהרלב״ח** (קונטרס הסמיכה א)**מבואר** שבזה יש חילוק בין הכאה המתירה לחבלה בראשי איברים שאינה מותרת אף באופן זה.

**אמנם הריב״ש**(רכ)**כתב בשם הראב״ד**שהמחילה אינה מבטלת את האיסור, אלא את החיוב הממוני בלבד.

**ועיין בעמוד הימיני**(סימן טז)שדן בזה באריכות וביחס בין שאלה זו לשאלה אם יש לאדם בעלות על גופו, ובויכוח בזה עם הרב זווין, ע״ש.

לשון השו״ע:

**החובל בעצמו, אף על פי שאינו רשאי, (פטור); אחרים שחבלו בו, חייבים:**

## סעיף לב

### המבעית את חבירו

לשון השו״ע:

**המבעית את חבירו, אף על פי שחלה מהפחד, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים; והוא שלא נגע בו, כגון שצעק לו מאחוריו, או שנראה לו באפילה וכיוצא בו. וכן אם צעק לו באזנו וחרשו, פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים.**

---

[258] אמנם יש להעיר שדבריו צ״ע שבפשטות אף לאחר שנלמד שישנו איסור לצער את עצמו, מנין לנו שאיסור זה מוגדר כהשחתה והלא זה מעלה ארוכה, וצ״ע.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה' דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**אחזו ותקע לו באזנו וחרשו, או שנגע בו והדפו בשעה שהבעיתו, או שאחזו בבגדיו, חייב בתשלומין:**
התבאר לעיל בסעיף כה.

## סעיף לג

**האם נאמן הנחבל לומר שהוא נעשה חרש או סומא?**
לשון השו"ע:
**אם הנחבל אומר: נחרשתי, או: נסמית עיני ואיני רואה, או: איני שומע, אינו נאמן, שאין אנו מכירים הדבר ושמא יערים, ואינו נוטל הנזק עד שיבדק זמן מרובה ויהיה מוחזק שאבד מאור עיניו או נתחרש, ואח"כ ישלם זה.**
**כן כתב הרמב"ם**(חובל ב, ח) בלשון: 'יראה לי'.
**הגר"א (מ) הביא מקור לדין זה מהמבואר בשבועות מו.** בענין נגזל, שאף שנכנס לביתו למשכנו, אין זה מהווה הוכחה לכך שמשכנו.

## סעיף לד

**המבייש את הערום**
לשון המשנה בב"ק פו:
המבייש את הערום, המבייש את הסומא, והמבייש את הישן – חייב.
**ת"ר:** ביישו ערום - חייב, ואינו דומה ביישו ערום לביישו לבוש;
ביישו בבית המרחץ - חייב, ואינו דומה ביישו בבית המרחץ לביישו בשוק.
**אמר מר:** ביישו ערום - חייב.
ערום בר בושת הוא?
**אמר רב פפא:** מאי ערום? דאתא זיקא כרכינהו למאניה, ואתא הוא דלינהו טפי וביישיה.
ביישו בבית המרחץ - חייב. בית המרחץ בר בושת הוא?
**אמר רב פפא:** שביישו על גב הנהר.
**במשנה מבואר** שיש לחייב את המבייש את הערום, וכן מבואר בברייתא, אלא שהברייתא אומרת שמכול מקום בושתו של הערום נמוכה יותר מבושתו של אדם רגיל(וכן לגבי מבייש בבית המרחץ).
**הגמרא מתקשה** וכי ערום בר בושת?
**ומיישבת הגמרא** שמדובר במציאות שהרוח הפשיטתו קצת, ובא אדם והוסיף להפשיטו(ולגבי בית המרחץ מדובר שביישו על גב הנהר).
**מדברי רש"י עולה** שהבין שקושיית הגמרא היא שלא שייך כלל לחייב את המבייש ערום ואף בשאר דברים מביישים, ותרצה הגמרא שמדובר שאינו ערום לחלוטין.
**אמנם תוספות**(ד"ה 'ערום בר בושת')**הקשו על פירוש זה** שא"כ היה לה לגמרא להקשות על המשנה ולא הברייתא.
**על כן ביארו תוספות** שפשוט שאין לפטור את המבייש ערום, אלא כשמביישו בכך שמערימו, ולכן הקשתה הגמרא על הברייתא שכתבה 'ביישו ערום' ומשמע שמביישו במה שמגלהו ומערימו, וכן מההמשך שכתבה שאינו דומה ביישו ערום לביישו לבוש. אך פשוט שאם רוקק בפני הערום או מביישו בשאר דברים שהוא חייב.
**הרמב"ם**(חובל ג, א)**כתב:** 'המבייש את הערום או את מי שהוא במרחץ פטור', ומשמע מלשונו כדעת רש"י שאין לחייב כלל את המבייש ערום, ואף בשאר בושת, **וכן כתב הסמ"ע (מא).**
**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם.**
**והסמ"ע (מא) תמה על הרמ"א** שלא ציין לכך שתוספות חולקים על רש"י והרמב"ם.
לשון השו"ע:
**המבייש את הערום או מי שהוא בבית המרחץ, פטור. נשבה בו הרוח והגביה בגדיו ונראה ערום, ובא אחר והוסיף בהפשטתו, חייב בבשת.**
**ומ"מ אין בושתו של זה מרובה כמו המבייש את שאינו ערום כלל.**
**וכן אם הגביה בגדיו לירד לנהר, או שעלה מנהר, וביישו, חייב, ומ"מ אינו כל כך בושת כמו שמבייש המלובש:**

# סעיף לה

**ביישׁ את הישן ומת**

לשון הגמרא ב"ק פו:

**בעי ר' אבא בר ממל**: ביישו ישן ומת, מהו?

**מאי קמבעיא ליה?**

**אמר רב זביד, הכי קמבעיא ליה:** משום כיסופא הוא, והא מית ליה ולית ליה כיסופא, או דלמא משום זילותא הוא, והא אוזליה?

**ת"ש, ר"מ אומר:** חרש וקטן יש להן בושת, שוטה אין לו בושת.

אי אמרת בשלמא משום זילותא, היינו דקתני קטן, אלא אי אמרת משום כיסופא, קטן בר בושת הוא?

**אלא מאי?** משום זילותא, אפילו שוטה נמי!

**אמרי**: שוטה - אין לך בושת גדולה מזו.

**מכל מקום ניפשוט מינה** דמשום זילותא הוא, דאי משום כיסופא, קטן בר כיסופא הוא?

כדאמר רב פפא: דמיכלמו ליה ומיכלם, הכא נמי דמיכלמו ליה ומיכלם.

**רב פפא אמר, הכי קמבעיא ליה:** משום כיסופא דידיה הוא, והוא מיית ליה, או דלמא משום בושת משפחה?

**תא שמע:** חרש וקטן יש לו בושת, שוטה אין לו בושת.

**אי אמרת בשלמא** משום בושת משפחה, היינו דקתני קטן, אלא אי אמרת משום כיסופא דידיה, קטן בר בושת הוא?

**אלא מאי?** משום בושת דבני משפחה, אפי' שוטה נמי!

שוטה - אין לך בושת גדולה מזו.

**מ"מ ניפשוט מינה** דמשום בושת משפחה, דאי משום כיסופא, קטן בר כיסופא הוא?

**אמר רב פפא:** אין, דמיכלמו ליה ומיכלם;

**והתניא**, ר' אומר: חרש יש לו בושת, שוטה אין לו בושת, קטן - פעמים יש לו, פעמים אין לו, הא דמיכלמו ליה ומיכלם, הא דמיכלמו ליה ולא מיכלם..."

**עולה מהגמרא שישנו ספק** האם יש לחייב את המבייש ישן ומת: אם החיוב בבושת הוא משום שזלזל בו או משום פגם משפחה- חיוב זה שייך אף בישן ומת, ואם החיוב הוא משום שביישו- אינו חייב משום שבפועל לא ביישו.

**עוד עולים הלכות מספר מתוך דברי הגמרא:**

- ☒ אין לחייב על בושת שוטה משום שאינו בר בושת.
- ☒ על בושת קטן יש לחייב, ומדברי הברייתא עולה שישנם פעמים יש לחייב משום שהוא מתבייש, ויש פעמים שאין לחייב משום שאינו מתבייש.

**הרא"ש**(ב"ק ח, ז) **הוכיח מדברי הברייתאהקובעת** שיש לחלק בחיוב בושת קטן בין מציאות שמתבייש למציאות שאנו מתבייש, שמסקנת הגמרא היא שהחיוב הוא משום בושת, ועל כן אין לחייב את המבייש ישן ומת.

**אמנם הרמב"ם**(חובל ג, ג)**פסק** שדין זה נותר בספק, ולכן אין להוציא מהמבייש, אך אם תפסו ממנו תופסי המתבייש אין להוציא ממנו (וזאת ע"פ שיטתו שמועילה תפיסה ב'ספיקא דדינא').

**אך הרמב"ם גם פסק**(חובל ג, ד) שיש לחלק בבושת קטן בין מציאות שמתבייש למציאות שאינו מתבייש.

**וביארו הלחם משנה ואבן האזל**, שלדעת הרמב"ם כאשר הקטן אינו מתבייש, אין בזה לא זילות ואף לא פגם משפחה, ולכן פשוט שאין לחייב את המביישו,ואין זה מוכיח שבחיוב בבושת הוא משום הבושה בפועל.

**השו"ע פסק כרמב"ם** שדין המבייש ישן ומת, נותר בספק.

**הרמ"א פסק כרא"ש** שהמבייש ישן ומת- פטור.

לשון השו"ע:

**ביישו כשהוא ישן, ומת (בתוך שינתו), שלא הרגיש בבושת, אין גובין אותו בושת; ואם תפסו יורשיו, אין מוציאין מידם.**

( וי"א שהוא פטור) (טור סכ"ו בשם הרא"ש):

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה' דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

## סעיף לו

**ישן שבייש**

**מבואר בברייתא בב"ק בדף פו.** שישן שבייש פטור נפל מן הגג והזיק ובייש - חייב על הנזק ופטור על הבושת, עד שיהא מתכוין.

**ומבואר בדף פו.** שאין לחייב בבושת עד שיתכון לבייש(ומכול מקום בב"ק כז: מבואר שכל שהתכון להזיק אף שלא התכוון לבייש חייב).

**הרמב"ם**(חובל א, י) פסק שישן שבייש פטור, משום שאינו מתכון לבייש.

לשון השו"ע:

**ישן שבייש, פטור.**

## סעיף לז

**המבייש את השוטה, חרש, גר, עבד, קטן**

לשון השו"ע:

**המבייש את השוטה, פטור.**

**את החרש או את הגר או את העבד או את הקטן שכשמכלימים אותו נכלם, חייב.**

**ומ"מ אינו דומה המבייש את הקטן למבייש את הגדול, ולא המבייש את העבד למבייש בן חורין, ולא המבייש חרש למבייש פקח:**

- מקור פטור המבייש את השוטה בב"ק פו: משום שאינו בר בושת כמבואר לעיל בסעיף לה.
- החיוב בחרש מבואר גם בברייתא שם בדף פו:
- חובת הביוש בעבד נתונה במחלוקת ת"ק ור' יהודה במשנה בב"ק פז.ונפסק כת"ק שחייב. ובגמרא מבואר שהטעם הוא משום שהוא נחשב כ'אחיך' משום שהוא מחוייב במצוות.
- חובת הביוש בגר מקורו ברמב"ם (חובל ג, ד) נלמד מהסוגיא וביאר המ"מ (וביתר פירוט בלח"מ) שמקורו בב"ק בדף פח. שם מבואר שלכ"ע גר מוגדר כ'אחיך' (אמנם עיין ברש"י שביאר בסוגיא שהכוונה לגר ש'הורתו ולידתו בקדושה, וא"כ יתכן שלשיטתו ר' יהודה יחלוק אף בעניין גר ולא ראיתי מי שהעיר בזה, ומ"מ פשוט שלהלכה אין נ"מ היות ונפסק כת"ק ולא גרע מעבד).
- 'אינו דומה המבייש את הקטן למבייש את הגדול וכו'- **כן כתב הרמב"ם**(חובל ג, ד) ומקורו בתוספתא (ליברמן ב"ק ט, יב) שם נאמר: ' ואינו דומה המתבייש מן היקיר למתבייש מן הפגוסאינו דומה גדול המתבייש לקטן המתבייש בן גדולים המתבייש לבן קטנים המתבייש' והרמב"ם הרחיב זאת לעבד ולחרש.

## סעיף לח

**רקק בחבירו והמבייש בדברים**

לשון המשנה בב"ק צ.

רקק והגיע בו רוקו...נותן לו ארבע מאות זוז;

.

ובגמרא בדף צא.

**אמר רב פפא:** לא שנו אלא בו, אבל בבגדו - לא.

וניהוי כי בייש בדברים!

**אמרי במערבא משמיה דרבי יוסי בר אבין,** זאת אומרת: ביישו בדברים פטור מכלום.

**מבואר מהמשנה** שיש לחייב את הרוקק בחבירו.

**רב פפא הגביל דין זה** רק למציאות שהרוק פגע בו, אבל אם פגע הרוק בבגדו- אין לחייבו

**ולמדה מכאן הגמרא** שאין לחייב את המבייש בדברים.

**וכתב הרא"ש** (ב"ק ח, טו) בשם רב שרירא גאון שאף על בושת דברים יש לנדותו עד שיפייסנו כראוי לפי כבודו,והוסיף שמסתבר יותר לחייב על בושת דברים מבושת של חבלהף משום ש'אין דבר גדול כלשון הרע ודבה שאדם מוציא על חבירו.

**וכתב הסמ"ע בסימן א ס"ק כב** שמן הדין אין צריך לשלם כלל אפילו אם היו דיינים סמוכים, אלא זו תקנת חכמים,ולא כמו שמשמע בלבוש[259].

[259] כנראה כוונתו למה שכתב שאף בושת דברים אין גובים היום כפי שהתבאר לעיל סעיף ב, משמע שסובר שאם היו סמוכים היו דנים מן הדין, עיי"ש בדבריו.

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**בסימן א סתם** השו״ע כדברי רב שרירא.
**ובסימן שלנו** הביא השו״ע דין זה בלשון ״יש אומרים׳
**וכתב הסמ״ע (מח)** שאין להוכיח מלשון השו״ע שיש מי שחולק על רב שרירא בזה.
**הב״י בסימן א הביא בשם מרדכי** (ב״מ סימן שו) שהמאנה את חבירו בדברים מלקין אותו מפני שעבר על לאו ״דלא תונו איש את עמיתו״
**ותמה עליו הב״י** שהרי זה לאו שאין בו מעשה ואין לוקים עליו?
**וכתב הב״י** שיתכן שכוונת המרדכי היא שמלקים אותו מכת מרדות, ולא מלקות דאורייתא.
**על פי פסק הרמ״א כאן** בלשון ״יש אומרים שמכין את המבייש מכת מרדות.
לשון השו״ע:

**רקק בחבירו, חייב.**
**אבל רקק בבגדיו, או שביישו בדברים, פטור; ויש לבית דין בכל מקום ובכל זמן לגדור כפי מה שיראו.**
**ויש אומרים שמנדין אותו עד שיפייס המבוייש.**
הגה: וי״א דמכין אותו מכת מרדות (ב״י ס״ס א׳ בשם מרדכי פרק הזהב).

**הוציא שם רע על חבירו**

המשך לשון הרמ״א:
והמוציא שם רע על חבירו, הוי בכלל המבייש בדברים (פסקי מהרא״י סי׳ רי״ב ות״ה סימן ש״ז).

**המקנטר ואומר איני מומר אע״פ שלא אמר כמוך**

המשך לשון הרמ״א
המקנטר חבירו ואמר ליה: איני מומר לעו״ג ואיני עבריין, אף על פי שלא אמר: כמוך, הוי כאילו פירש כמוך (ב״י מצא כתוב מהרי״ו סי׳ קמז)

**האומר הרי אתה כממזר וכיוצא בזה**

המשך לשון הרמ״א:
האומר לחבירו: הרי אתה עושה כמו ממזר, או: אתה כממזר, אינו כלום (מהרי״ו סימן נ״ט).
ויש חולקין וסבירא להו שאם אומר: אתה כממזר, כאלו קראו ממזר (פסקי מהרא״י סימן רנ״ז וסימן קל״ה ומהרי״ט סי׳ קכ״ז ואגודה פ״ב דיומא).
אבל אם אומר: אתה מכזב כמו ממזר עד שתתברר דבר זה, או כיוצא בזה שהטיל בדבר תנאי, אינו כלום (פסקי מהרא״י סימן קל״ה).

**האומר לחבירו פסול אתה**

האומר לחבירו: פסול אתה:יש אומרים דיכול לתרץ דפסול משום קורבה קאמר ואין זה ביוש (מהרי״ו סימן כח).
ויש חולקין (מהר״ם מריזבורג).

**המדבר רע על המתים**

המשך לשון הרמ״א:
המדבר רע על שוכני עפר, צריך לקבל עליו תעניות ותשובה ועונש ממון כפי ראות בית דין (מרדכי פרק החובל); ואם קבורים בסמוך לו, ילך על קבריהם ויבקש מהם מחילה, ואם הם רחוקים ישלח שם שלוחו (מהר״ם מריזבורג).
ואם כופר המבייש:אם הוא ביוש של שוכני עפר, יתנו חרם בעדות, אבל לא על ביושים אחרים (מרדכי הנ״ל מהרי״ו סימן כ״ח).
ונראה דהכל לפי ראות בית דין.
ועיין לעיל סימן פ״ז סעיף כ״ה.

**הקורא למלשין: מלשין בן מלשין וכיוצא בזה**

המשך לשון הרמ״א:

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

הקורא לחבירו מלשין בן מלשין, אם הוא לבד מלשין, פטור. וכן אם קורא לרשע בן צדיק: רשע בן רשע (הגהות מרדכי).

**הקורא לחבירו עבד או ממזר והוא אמת, ומה הדין כשאינו יכול לברר**

המשך לשון הרמ״א

הקורא לחבירו עבד או ממזר, והוא אמת, פטור; אבל אם לא יוכל לברר, אף על גב דשמע כן שאחרים דברו כך, לא נפטר בכך (נימוקי מהר״ם):

**המפרסם עבירות חבירו**

**הפת״ש (ז) הביא את דברי השבות יעקב** (א, קעט)**שכתב**שדווקא כשקוראו עבד או ממזר שאינו תלוי בתשובה ואין לזה תיקון מצווה לפרסם בכדי שלא יתחתנו עמו, אך אסור לפרסם שאר עבירות חבירו התלויות בתשובה.

**אמם הביא השבות יעקב שמדברי המהרש״ל**(ים של שלמה ב״ק ח, מז) משמע שאין קונסים את המבייש כל שאמירתו אמת.

**אך כתב השבות יעקב**שאין דבריו מובנים.

**וכתב שאדרבה מבואר באגודה**(ב״מ סימן עד) שביוש בדבר שהוא אמת חמור יותר, והביא ראיה לזה מהמבואר בב״מ נח: שאין לומר לבן גרים ובעל תשובה: ׳זכור מעשיך הראשונים׳ (בבעל תשובה)או ׳זכור מעשה אבותיך (בגר).

**וכתב השבות יעקב** שאמנם ראיית האגודה אינה מוכרחת משום שיתכן שאיסור זה הוא דווקא כשידוע שיעשה תשוב, מכול מקום נראה שלעולם יש איסור בושת כל שאינו מתכוון למנעו מהעבירה, **והביא שכן פסק החוות יאיר**(סימן סב).

**איש שחרף אשה**

**כתב הסמ״ע (נ)**

׳ודין איש שחרף אשה, כתב בהגהת מרדכי דקדושין [סימן תקנח] שיתענה שני וחמישי ושני וישב יחף לפני בית הכנסת ויבקש מחילה על המגדל.

**צירוף עדים בביוש**

**כתב הד״מ (ה):**

וכתב עוד שם (מהר״ם מריזבורק עמ׳ קעז) על אחד מעיד שקרא ראובן לשמעון בן הזונה ואחר שקראו ממזר מצטרפים לענין שקראו בן הזונה דבכלל מאתים מנה מיהו אין לו דין עליו כקורא לחבירו ממזר דדילמא קראו בן הזונה שאמו זנתה כשהיתה פנויה אך צריך להכזיב עצמו ולהשתטח על קבר אמו ומיהו הכל לפי המבייש והמתבייש.

## סעיף לט

**חומרתו של המבייש בדברים**

לשון השו״ע:

**אף על פי שהמבייש בדברים אינו בר תשלומין, עון גדול הוא; ואין המחרף ומגדף לעם ומביישן אלא שוטה רשע וגס רוח. וכל המלבין פני אדם כשר מישראל בדברים, אין לו חלק לעולם הבא:**

מקור דין זה ברמב״ם (חובל ג, ז)ומקורו באבות פרק ג שם נאמר שהמלבין פני חבירו ברבים אין לו חלק לעולם הבא, וביומא פז. נאמר שכל המקניט את חבירו אפילו בדברים צריך לפייסו, עי״ש.

## סעיף מ

**דין המבייש ת״ח**

לשון השו״ע:

**דין המבייש ת״ח בדברים, נתבאר בטור י״ד סימן רמ״ג סעיף ז:**

## סעיפים מא- מג

לשון הגמרא בב״ק כז:

**סימן תכ-** החובל בחבירו חייב בה׳ דברים וכיצד משערין אותם והמבייש בדברים תלמיד חכם ועם הארץ

**שלח ליה רב חסדא לר״נ,** הרי אמרו: לרכובה - שלש, ולבעיטה - חמש, ולסנוקרת - שלש עשרה, לפנדא דמרא ולקופינא דמרא מאי? שלח ליה: חסדא, חסדא, קנסא קא מגבית בבבל? אימא לי גופא דעובדא היכי הוה?

**מבואר בגמרא** שמנהג הדיינים הוא לגבות מן הבועט את חברו בארכובתו של בועט שלושה סלעים לבושת, ולבעיטה- חמש, ועל סנוקרת (רש״י- אוכף של חמור שהכה בו את חברו. רמב״ם- שהכהו באגרוף קמוץ) שלוש עשרה. **ובמשנה בדף צ נאמר** שהתוקע לחברו נותן לו סלע, ור׳ יהודה אומר מנה, והכריעו בזה הפוסקים כדעת ת״ק.

**עוד מבואר במשנה**שאם סטרו נותן לו מאתים זוז, ואם עשה לאחר ידו נותן לו ארבע מאות זוז. ואם צרם באזנו, תלש בשערו, רקק והגיע בו רוקו, העביר טליתו ממנו או פרע ראש האישה בשוק, נותן ארבע מאות זוז. ומבואר בגמרא שכל התשלומים האלה הם בכסף מדינה.

**נחלקו הראשונים בעבור מה נאמרו שיעורים אלו:**

**רש״י סבר** ששיעורים אלו נאמרו רק בעבור הבושת.

**הרי״ף כתב** שיש אומרים ששיעורים אלו נאמרו בעבור הצער.

**הרי״ף עצמו הכריע** ששיעורים אלו נאמרו בעבור כל החיובים יחד.

**הרמב״ם**(חובל ה, ח-י)**פסק כרי״ף** ששיעורים אלו נאמרו את כל החיובים, אך ביאר שכלול בתוכם רקצער וריפוי שבת ובושת, אך לא נזק, הואיל ואין בהכאות הללו נזק.

**אמנם הרא״ש והטור כתבו בשם הרי״ף** ששיעורים אלו נאמרו בעבור בושת וצער שהם שייכים ברוב ההיזק שאדם עושה לחברו, ואינם כוללים בתוכם ריפוי ושבת שבזה הכל לפני העניין.

**הב״י כתב שיש להכריע כרי״ף וכרמב״ם**, ולא לחייב מעבר לשיעורים אלו, בפרט שבזה אנו מעמידים ממון על חזקתו, וכן פסק בשו״ע.

**הדרכי משה השיג על הכרעת הב״י** וכתב שהרא״ש והטור היו בקיאים יותר בגירסת ספרי הרי״ף.

**לכן הכריע הרמ״א** כדעת כדעת הרא״ש והטור ששיעורים אלו כוללים רק צער ובושת

## האם שיעורים אלו אובייקטיבים או סובייקטיבים?

לשון המשנה ב״ק צ.- :

זה הכלל: הכל לפי כבודו.

אמר ר׳ עקיבא: אפי׳ עניים שבישראל רואין אותם כאילו הם בני חורין שירדו מנכסיהם, שהם בני אברהם יצחק ויעקב.

**בגמרא בדף צא מבואר** שת״ק חולק על ר״ע לקולא, וסובר שבעניים אין צורך לשלם כל כך הרבה.

**הפוסקים הכריעו כדעת ת״ק.**

לשון השו״ע :

**<u>סעיף מא:</u>**

**יש הכאות רבות שיש בהם ביזוי וצער מעט, ואין בהם נזק, וכבר פסקו להם חכמים דמים קצובים, וכל המכה את חבירו הכאה מהן משלם אותו הממון הקצוב, וכולם קנסות הן, ואותו הממון הקצוב הוא דמי הצער והבושת והריפוי והשבת, בין צריך לרפואה בין לא צריך, זהו משלם.**

**וכמה הוא משלם:**

**הבועט בחבירו ברגלו, משלם ה׳ סלעים.**

**הכהו בארכובתו, משלם ג׳ סלעים.**

**קבץ אצבעותיו כמו אוגד אגודה והכהו בידו כשהיא אגודה, משלם י״ג סלעים.**

**תקע את חבירו בכפו, משלם סלע**

**סטרו על פניו, משלם חמשים סלעים**

**סטרו באחורי ידו, משלם ק׳ סלעים.**

**וכן אם צרם באזנו או תלש בשערו או רקק והגיע בו הרוק, משלם מאה סלעים.**

**וכזה הוא משלם על כל מעשה ומעשה.**

**כיצד? כגון שבעט בחבירו ארבע בעיטות, אפילו זו אחר זו, משלם עשרים סלעים. סטרו על פניו שתי סטירות, משלם מאה סלע, וכן בשאר.**

**חיוב מלקות- לפי המנהג**

לשון הרמ״א :

הגה: יש אומרים אף על גב דאיתא בגמרא הקורא לחבירו ממזר סופג ארבעים, מ״מ יש מקומות שאין נוהגין כן, והולכין אחר המנהג (הרא״ש כלל ק״א סימן א׳). ונ״ל דהוא הדין באלו הדברים הנזכרים.

**<u>סעיף מב:</u>**
**כל אלו הסלעים, הם מכסף מדינה שאין בו כסף אלא שמינית, שהם שלש מעין, שכל מעה משקל ט״ז שעורות כסף צרוף, שהוא עוטמני א׳:**

**<u>סעיף מג:</u>**
**במה דברים אמורים: במכובד. אבל אדם שהוא מבוזה ואינו מקפיד בכל אלו הדברים וכיוצא בהם, אינו אלא כפי מה שיראו הדיינים שראוי ליטול.**
הגה: יש אומרים שאלו הדברים אינן רק משום בושת וצער, אבל ריפוי ושבת הכל לפי הענין (טור סל״ד בשם הרי״ף וכ״כ הרא״ש בשמו):

## סעיף מד

לשון השו״ע:
**כיצד מגבין האידנא חבלות וקנסות אלו, נתבאר בסימן א׳:**

# סימן תכא

## המבייש חבירו שלא בכוונה והחובל בחבירו שלא בכוונה ובו יד סעיפים:

## סעיף א

### המבייש שלא בכוונה

לשון המשנה בב"ק פו:

המבייש את הערום, המבייש את הסומא, והמבייש את הישן - חייב, וישן שבייש - פטור.

נפל מן הגג והזיק ובייש - חייב על הנזק ופטור על הבושת, עד שיהא מתכוין.

ובגמרא בדף פו:

**ואמר רבה:** נפל מראש הגג ונתקע באשה - חייב בד' דברים, וביבמתו - לא קנה.

חייב בנזק בצער בריפוי בשבת, אבל בשת לא.

**דתנן:** אינו חייב על הבשת עד שיהא מתכוין.

**ואמר רבה:** נפל מראש הגג ברוח שאינה מצויה והזיק ובייש - חייב על הנזק ופטור בד' דברים, ברוח מצויה והזיק ובייש - חייב בד' דברים ופטור על הבשת, ואם נתהפך - חייב אף על הבשת, **דתניא:** ממשמע שנאמר: "ושלחה ידה" (דברים כה, יא), איני יודע שהחזיקה? מה ת"ל והחזיקה? לומר לך: כיון שנתכוין להזיק אף על פי שלא נתכוין לבייש.

**מבואר במשנה** ובגמרא שעל בושת חייבים רק במידה והתכוון לביש, או לכל הפחות להזיק, ובשאר חיובים חייב על אף שלא כיוון להזיק.

### נפל מראש הגג ונתהפך

בעניין נופל מראש הגג והזיק, אמר רבה שחייב גם על הבושת במידה ונהתפך.

**ונחלקו הראשונים** בהבנת המושג- 'נתהפך'.

**רש"י ביאר** שכוון להנאתו, ולכן יש לחייבו, על אף שלא התכוון לביישו.

**הטור כתב כדברי רש"י.**

**וכתב המהרש"ל**(יש של שלמה ב"ק ב, לט): 'לא ראיתי שום אחד מהגאונים שפירש בענין אחר, ומ"מ תורה היא וללמוד אני צריך. כי לשון הגמרא לא משמע הכי, דאמרינן כיון שנתכוין להזיק כו'. וזה לא מתכוין להזיק, רק להנאת עצמו. ולא ניחא ליה במה שיוזק האדם'.

**על כן ביאר המהרש"ל** שהכוונה ב'נתהפך' הוא שהתכוון ליפול ולהזיקו. **הגר"א** (ב) ציידד בדברי המהרש"ל.

לשון השו"ע:

**אינו חייב על הבושת עד שיתכוון לביישו.**

**והמבייש את חבירו שלא בכוונה, פטור. לפיכך ישן שבייש, פטור.**

**התובע חברו שעשה לו כך וכך ולא בירר שאכן כך הדבר אם חייב על ביוש?**

לשון הרמ"א:

הגה: וכן מי שקיבל על חבירו שמסרו או גנב לו וכיוצא בזה, אף על פי שלא יכול לברר עליו, מ"מ פטור, דהרי לא כיון לביישו (מהרי"ו סימן קס"ח).

## סעיף ב

### המתכוון לבייש את זה ובייש את זה

לשון הגמרא בב"ק פו.

בושת - הכל לפי המבייש והמתבייש.

מני מתניתין? לא רבי מאיר ולא ר' יהודה, אלא ר' שמעון היא!

**דתנן:** וכולן רואין אותן כאילו הם בני חורין שירדו מנכסיהם, שהן בני אברהם יצחק ויעקב, **דברי ר' מאיר.**

**ר' יהודה אומר:**הגדול לפי גודלו, והקטן לפי קטנו.

**רבי שמעון אומר:** עשירים - רואין אותן כאילו הם בני חורין שירדו מנכסיהם, עניים - כפחותין שבהן;

מני?
אי רבי מאיר, מתניתין קתני: הכל לפי המבייש והמתבייש, ורבי מאיר: כולהו בהדי הדדי ניהו.
ואי ר' יהודה, מתניתין קתני: המבייש את הסומא - חייב, ואילו ר' יהודה אומר: סומא אין לו בושת.
אלא לאו רבי שמעון היא!
מאן תנא להא דתנו רבנן: נתכוון לבייש את הקטן ובייש את הגדול - נותן לגדול דמי בושתו של קטן, לבייש את העבד ובייש את בן חורין - נותן לבן חורין דמי בושתו של עבד,
מני? לא רבי מאיר ולא רבי יהודה ולא רבי שמעון!
קא סלקא דעתך קטן - קטן בנכסים, גדול - גדול בנכסים.
אי רבי מאיר, האמר: כולהו בהדי הדדי ניהו!
ואי רבי יהודה, האמר: אין לעבדים בושת!
ואי ר"ש, האמר: נתכוון לבייש את זה ובייש את זה - פטור, מאי טעמא? כקטלא, מה קטלא עד דמתכוון ליה, דכתיב: "וארב לו וקם עליו" (דברים יט, יא)-עד שיתכוון לו, בושת נמי עד דמיכוין ליה, דכתיב: "ושלחה ידה והחזיקה במבושיו" (דברים יט, יא) - עד שיתכוון לו!
**לעולם ר' יהודה**, וכי קאמר ר' יהודה אין לעבדים בושת - למיתבא להו, אבל למישם שיימינן בהו. **ואי בעית אימא:** אפילו תימא רבי מאיר, מי סברת גדול - גדול בנכסים, קטן - קטן בנכסים?
לא גדול - גדול ממש, וקטן - קטן ממש.
וקטן בר בושת הוא? אין, כדאמר רב פפא: דמיכלמו ליה ומיכלם, הכי נמידמיכלמו ליה ומיכלם.

**הגמרא מביאה מחלוקת משולשת** באופן השומא של בושת:
**לדעת ר"מ-**ישנה בושת אחידה לכולם- כבני חורין שירדו מנכסיהם.
**לדעת ר' יהודה-** הגדול לפי גודלו והקטן לפי קוטנו.
**לדעת ר' שמעון-** יש לראות את העשירים כבני חורין שירדו מנכסיהם ואת העניים כפחותים מהם.
**הגמרא מביאה ברייתא** האומרת שאם כוון לבייש את הקטן ובייש את הגדול, או שכוון לבייש את העבד ובייש בן חורין משלם כבושת הנמוכה.
**מתקשה הגמרא** מיהו התנא ששנה ברייתא זו, שלא ניתן לומר שזהו ר"מ מפני שהוא סובר שאין חילוק בסוגי הבושת, וכן לא יתכן שזהו ר' יהודה הואיל והוא סובר שאין בושת לעבדים (מבואר בדף פז.) , וכן לא יתכן שזהו ר' שמעון משום שר' שמעון פוטר את המתכוון לבייש אחד וכיון לאחר משום שיש לדמות זאת ללימוד ברציחה שפטור כשכיוון לרצוח אחד ורצח אחר שנאמר: 'וארב לו וקם עליו' עד שיתכוון לו, וכן יש ללמוד בבושת "ושלחה ידה והחזיקה במבושיו- עד שיתכוון לו.
**ומתרצת הגמרא** שהברייתא יכולה להתבאר כדעת ר' יהודה, ואכן לא מחייבים על בושת של עבד, אבל במידה והתכוון להזיק עבד והזיק בן חורין, שמין בושתו כעבד, וכן יכולה הברייתא להתבאר כר' מאיר, ואכן אין הבדל בין קטן בחשיבות לגדול בחשיבות, והכוונה לקטן ממש, שבזה החיוב בבושת היא לפי בושתו.
**א"כ עולה** מדברי הברייתא שלדעת ר' שמעון אין לחייב כשמתכון לבייש אחד ובייש אחר, ולדעת שאר התנאים יש לחייב על כך.
**הרמב"ם**(חובל א, יד) **פסק** שיש לחייב את המתכון לבייש קטן ובייש גדול, וחייב כדמי קטן, **וכן פסק השו"ע**.
**הלחם משנה הקשה** שלכאורה היה לו לרמב"ם לפסוק שאין לחייב את המתכון לבייש אחד ובייש אחר, שהרי בעניין רציחה פסק הרמב"ם כר' שמעון שפטור שהתכון לרצוח אחד ורצח אחר, ורש"י ביאר שכשהקשתה הגמרא 'האמר: נתכון לבייש את זה וכו' כוונתה לאמירתו בעניין רציחה ומשמע שתלוים הדינים זה בזה.
**ותירץ הלחם משנה**, שהרמב"ם חולק על רש"י בביאור הגמרא, ולדעתו קושית הגמרא אינה נובעת מאמירת ר' שמעון בעניין רציחה, אלא ידעה הגמרא שר' שמעון סבר שיש לדמות בין רציחה לבושת, ובזה לא נפסק כמותו.

**יש להעיר שהאור זרוע** (ג, ב"ק שלה)**פסק בשם ר"ח** שאכן יש לפטור את המתכוון לבייש אחד ובייש אחר. ולא הוזכרה שיטתו בפוסקים.
לשון השו"ע:

**המתכוין לבייש את הקטן ובייש את הגדול, נותן לגדול דמי בושתו של קטן. נתכוון לבייש העבד ובייש בן חורין, נותן לבן חורין דמי בושתו של עבד:**

## סעיף ג

### החובל שלא בכוונה

לשון המשנה והגמרא בב"ק כו.-:

**מתני'**. אדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן. סימא את עין חבירו, ושיבר את הכלים - משלם נזק שלם.

**גמ'**. קתני סימא את עין חבירו דומיא דשיבר את הכלים, מה התם - נזק אין, ארבעה דברים לא, אף סימא את עין חבירו - נזק אין, ארבעה דברים לא.

מנא הני מילי?

**אמר חזקיה, וכן תנא דבי חזקיה,** אמר קרא: "פצע תחת פצע" (שמות כא, כה), לחייבו על השוגג כמזיד, ועל האונס כרצון...

**המשנה קובעת** שיש לחייב את אדם המזיק בין בשוגג ובין במזיד, ומביא דוגמא לעניין זה, כגון המסמא את עין חבירו, וכן השובר כלי חבירו שחייב בנזק שלם.
**הגמרא לומדת** מהדימוי בין סימוי עין לשבירת כלי, שכשם שבשבירת כלי החיוב הוא על הנזק בלבד, ולא על ד' דברים, משום שמדובר בנזק ממוני ולא בחבלת אדם, כך גם בחבלת אדם, אין לחייב כאשר הזיק בשוגג, אלא על הנזק ולא על ד' דברים.
**וביאר רש"י** שהפטור בשוגג מד' דברים מבואר מכך שהפסוק העוסק בחיובים ריפוי ושבת פותח 'כי יריבון אנשים', ומשמע שזה במציאות של מזיד או קרוב למזיד (א"א- ולענין בושת התבאר לעיל שאינו חייב אלא כשמתכוון כמבואר בב"ק פו:).
לשון השו"ע:

**יש אומרים דצער וריפוי ושבת חייב אפילו שלא בכוונה, ובלבד שלא יהא אנוס, אלא שוגג קרוב למזיד.**
**אבל בנזק חייב אפילו אנוס, דאדם מועד לעולם, בין שוגג בין מזיד, בין ער בין ישן.**

## סעיף ד

### ישן ובא אחר וישן בצדו והזיק הראשון את השני

לשון הירושלמי בב"ק פרק ב הלכה ח:

א"ר יצחק מתניתא בשהיו שניהם ישינין אבל אם היה אחד מהן ישן ובא חבירו לישן אצלו זה שבא לישן אצלו הוא המועד

**מבואר בירושלמי** (ב"ק ב, ח) שכל מה שנאמר שישן שהזיק חייב, זה דווקא כשלא בא אחר לישון אצלו לאחר שכבר ישן, והזיקו הראשון תוך כדי שינה, אך במקרה זה ודאי שיש לפטור את הראשון.
**כל הראשונים קיבלו את דין הירושלמי הנ"ל, אך נחלקו בטעמו:**
**התוספות** (ב"ק כז: ב"מ פב:) **ביארו** שטעם הפטור במקרה זה הוא משום שהוא אנוס, ולשיטתם יש אונס שחייבים עליו והוא אונס הדומה לאבידה שיש בו מקצת פשיעה, ויש אונס שפטורים עליו והוא אונס הדומה לגניבה.
**אמנם הרמב"ן כתב**(ב"ק כז: ) שהפטור במקרה שבא אחר וישן לידו הוא משום שאותו אדם הזיק את עצמו, ולכן אין האחריות מוטלת על המזיק, וכתב שפשוט שיש לחייב אדם המזיק בכל אונס.
**מן הרמב"ם נראה כדברי הרמב"ן** מפני שהוא הביא את דין הירושלמי והוסיף מקרה נוסף שהניח כליו בצד הישן, והתהפך הישן והזיקן, וביאר שיש לפוטרו משום שהמניח פשע במה שהניחם בצדו.
**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם.**
**והרמ"א הביא בשם רבינו ירוחם** שכשם שיש לפטור במקרה שבא אחר ונשכב לידו, כך יש לפטור בכל אונס גדול, וזה כדעת תוספות.
לשון השו"ע:

**במה דברים אמורים שישן חייב?**
**בשישנו שניהם כאחד ונתהפך אחד מהם על חבירו והזיקו או קרע בגדיו.**

**אבל אם היה אחד ישן, ובא חבירו ושכב בצדו, זה שבא באחרונה חייב אם הזיק לראשון. ואם הראשון הזיקו, פטור.**
(והוא הדין בכל אונס גדול כזה, פטור המזיק) (ר"י נל"א ח"ב).
**וכן אם הניח כליו בצד הישן, ונתהפך עליהם ושברם, פטור, שזה שהניחם בצדו פושע הוא במה שהניחם בצדו.**

## סעיף ה

**שנים שנתאבקו יחד והזיק אחד את חבירו**
לשון השו"ע:
**שנים שנתאבקו יחד, ואחד הפיל חבירו לארץ, ונפל וסימא את עינו, פטור:**
**מקור דין זה בתשובת הרא"ש**(כלל קא סימן ו) ונימוקו משום שיש לפטור על אונס גמור וכדעת תוספות שהבאנו בסעיף הקודם, וסיים: 'וכן בנדון זה, נתאבקו זה עם זה מדעת שניהם, והזיקו זה את זה שלא בכוונה, כי הדבר ידוע כששניהם נתאבקו עיקר כונתם שיפיל האחד את חברו, וכשהאחד נותן על חברו, אי אפשרלו לצמצם ולכוין שיפילהו בנחת כדי שלא יזיקו, כי בכל כחן מתאבקין, וכל אחד מכוין להפיל חברו, אם יזיקנו, ואדעתא דהכי נתאבקו יחד'.

## סעיף ו

**הכאת חבירו לצורך הוצאתו מרשותו** [**והכאה ב'עביד איניש דינא לנפשיה'**]
[דין זה עוסק בסוגיית היכולת של האדם לעשות דין לעצמו ['עביד איניש דינא לנפשיה'], ועניין זה נדון בסיכומינו באריכות לסימן ד. ונביא מקצת הדברין הנוגעים לענייננו]
לשון הגמרא בב"ק כז :- כח.
**דאתמר, רב יהודה אמר:** לא עביד איניש דינא לנפשיה.
**רב נחמן אמר:** עביד איניש דינא לנפשיה.
היכא דאיכא פסידא - כ"ע לא פליגי דעביד איניש דינא לנפשיה, כי פליגי - היכא דליכא פסידא, **רב יהודה אמר:** לא עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דליכא פסידא ליזיל קמיה דיינא.
**ר"נ אמר:** עביד איניש דינא לנפשיה, דכיון דבדין עביד לא טרח...
**ת"ש:** מיין לנרצע שכלו לו ימיו ורבו מסרהב בו לצאת, וחבל ועשה בו חבורה, שהוא פטור? ת"ל: "לא תקחו כופר" (במדבר לה, לב)... לשוב, לא תקחו כופר לשב!
**הכא במאי עסקינן** - בעבדא גנבא.
עד האידנא לא גנב, והשתא גנב?
עד האידנא הוה אימתיה דרביה עליה, השתא לית ליה אימתא דרביה עליה..
**ר"נ בר יצחק אמר:** בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית, עד האידנא היתירא, והשתא איסורא.
**הגמרא דנה במחלוקת בין רב יהודה לרב נחמן,** אם יכול אדם לעשות דין לעצמו, ומבואר שהכוונה במקום שאין לו הפסד, שאם יש לו הפסד אין כלל מחלוקת שיכול אדם לעשות דין לעצמו.
אחת מראיות הגמרא לכך שיכול אדם לעשות דין לעצמו, היא מברייתא הקובעת שכאשר עבד מסרב לצאת, ורבו חובל בו על מנת שייצא, אין לחייבו על החבלה, ומשמע מכאן שיכול לחבול בו ולעשות דין בעצמו לצורך סילוקו מביתו.
**הגמרא מציעה 2 אפשרויות לדחות דין זה:**

א. מדובר בעבד גנב, ולכן בהמצאותו יש לו הפסד שיכול לגנוב ממנו והחשש נוצר רק כעת לאחר שכלו לו ימיו, משום שאין אימת רבו עליו.
ב. מדובר בעבד שמסר לו רבו שפחה כנענית, וכעת היא אסורה עליו והיות וכבר השתחרר, ובזה רשאי אדונו לחבול בו בכדי להפרישו מהאיסור.

**למסקנה נפסק כדעת רב נחמן** שיכול אדם לעשות דין לעצמו, אף שלא במקום הפסד.
**בפשטות לפי זה,** איננו נדרשים ל2 התירוצים האלה, וניתן להסביר את דברי הברייתא כפי שהבינה הגמ' בתחילה, שמותר לאדונו לחבול בו על מנת שייצא מביתו, על אף שלא מדובר במקום הפסד.
**אמנם מדברי הגמרא בב"ק מח. עולה לכאורה** שאדם אינו רשאי לחבול בחבירו בשביל שיצא מרשותו וזה לשון הגמרא:

ואמר רבא נכנס לחצר בעל הבית שלא ברשות והזיק את בעל הבית או בעל הבית הוזק בו חייב הזיקו בעל הבית פטור

**א"ר פפא** לא אמרן אלא דלא הוה ידע ביה אבל הוה ידע ביה הזיקו בעל הבית חייב מ"ט משום דאמר ליה נהי דאית לך רשותא לאפוקי לאזוקי לית לך רשותא.

**מן הטור נראה שהבין כדברינו** שלמסקנה רשאי אדם לחבול בחבירו אף שלא במקום הפסד, וביאר שהמקרה בב"ק מח. עוסק במציאות שמיד חבל בו, אף קודם שסירב לצאת, אך במידה ומסרב לצאת, רשאי אף לחבול בו. (ולא התנה זאת במציאות שיש חשש שיגנוב ממנו וכך ביאר הב"י בדבריו)

**בניגוד לטור פסק הרמב"ם**(עבדים ג,ה) כדברי רב נחמן בר יצחק שמותר לאדון להכות את עבדו כשאינו רצה להשתחרר בכדי להפרישו מן האיסור, ומשמע שזו הסיבה היחידה להתיר את ההכאה, ולא הותרה ההכאה רק בשביל להוציאו מביתו.

**המשנה למלך התקשה בזה** שהרי למסקנה נפסק שיכול אדם לעשות דין לעצמו אף שלא במקום הפסד?

**ותירץ המשנה למלך בשם מהרש"ך** שלשיטת הרמב"ם כל דין 'עביד איניש דינא לנפשיה' הוא דווקא שלא על ידי חבלה אבל ע"י חבלה תמיד אסור אלא אם זה כדי להציל חבירו מאיסור, וביאר המשנה למלך שהרמב"ם סבר שהגמרא לא הקשתה מהברייתא גם על הסובר שיכול לעשות דין לעצמו, משום שיתכן שאינו מודה לרב פפא, אך להלכה נפסק כרב פפא, ולכן על אף שמותר לאדם לעשות דין לעצמו, הוא אינו רשאי להכותו, ומכאן למד הרמב"ם שאף שמותר לאדם לעשות דין לעצמו, אין לו רשות לחבול ולהזיק.

**התומים בסימן ד השיג עליו וסבר** שגם הרמב"ם מודה שאדם יכול לחבול, אך זה דווקא במקום שלא יכול בדרך אחרת, ובמקרה של עבדהוא יכול לאסור רשותו עליו בקונם, ואז מן הסתם לא יעבור על האיסור ואף אם יעבור יהיה מותר לו להכותו מדין אפרושי מאיסורא, ולכן לא התיר הרמב"ם סתם כך לסלקו מפני שאפשר בדרך אחרת. ומה שבגמ' הקשתה דווקא לרב יהודה, זה מפני שסברה שלרב יהודה אף לאפרושי מאיסורא אסור.

**הנתיבות**(סימן ד ס"ק א) **כתב** שלא יתכן לומר שיכול אדם להכות חבירו שלא במקום הפסד שהרי אף ב"ד בעצמו לא נוהגים כן ואין שולחין יד בגופו של המסרב ישר אלא קודם שולחים שליח בית דין ומוציא בעל כרחו, וכשאינו מניח לשליח בית דין, אז מנדין אתהמסרב, ורק כשאינו משגיח על הנידוי רשאין להכותו עד שתצא נפשו, ולא יתכן שלאדם תהיה סמכות גדולה יותר מלב"ד.

**על כן ביאר הנתיבות**שכל ההיתר לחבול הוא רק במקום שאינו יכול להצילו באופן אחר, ואע"פ שכתב השו"ע בסימן ד שגם כשאין פסידא רשאי להכותו, הכוונה אע"פ שאין פסידא ודאית, אבל עדיין יש ספק פסידא, כגון שגזל ממנו חשש שעד שיתבע אותו יברח עם הגזילה.

**על פי זה ביאר הנתיבות**מדוע במקרה של עבד לא התיר הרמב"ם להכותו סתם כך משום שלא יקרה שום פסידא אם ילך לבי"ד ויבקש שיוציאו אותו מביתו, ומכול מקום כתב שהגמרא לא הקשתה מברייתא זו על הסובר שיכול אדם לעשות דין לעצמו, משום שיתכן שעשה כן במקום הפסד ועל כן לא ניתן לחייבו, אך אין זה מתיר לכתחילה. ולפי זהמבואר גם כן מדוע בבבא קמא מח. נפסק שאינו רשאי לחבול בו, וזאת משום שבבקרקע ליכא פסידא מפני שעד שיילך לבי"ד הקרקע לא תיעלם משא"כ במטלטלין.

[ולכאורה בראי"ש מפורש דלא כנתיבות שכתב ואע"פ שאין פסידא אלא טירחא בלבד, אעפ"כ מותר, עי"ש בדבריו, עוד יש לציין שהבית יוסף בסימן שלנו למד את הדין שיכול לחבול בחבירו אם אינו רוצה לצאת מהגמרא בב"ק וכתב שהאוקימתא של שפחה כנענית היא רק אליבא דר' יהודה ולא הביא שום חולק בזה, ולכן קשה להעמיס בשו"ע את דברי הנתיבות והתומים].

**השו"ע פסק כטור** בלשון 'ויש מי שאומר' שרשאי להכות את המסרב לצאת מביתו.

**והרמ"א הוסיף בשם המרדכי** (ב"ק כו) שכן הדין במשרת שחושש שיגנוב לו שיכל להוציאו קודם זמן השכירות ואם מסרב יכול להכותו. (ומהרמ"א משמע שלא הבין כב"י בדעת הטור, וסבר שאף הטור לא התיר אלא כשיש חשש גניבה, וצ"ע).

לשון השו"ע:

**בכל מקום שחובל בחבירו בכוונה חייב בה' דברים, אפילו נכנס חבירו לרשותו שלא ברשות, וחבל בו והוציאו, חייב; דנהי שיש לו רשות להוציאו, אין לו רשות לחבול בו.**

**אבל אם הוא מסרב בו ואינו רוצה לצאת, יש אומרים שיש לו רשות אפילו לחבול בו כדי להוציאו.**

הגה: וכן מי שיש לו משרת, וחושש שיגנוב לו, יוכל להוציאו קודם זמן השכירות; ואם מסרב, יוכל להכותו עד שיצא (מרדכי פרק המניח).

## סעיפים ז-ח

**נכנס שלא ברשות והוזק או שהזיק**

לשון הגמרא בב"ק מח.

**ואמר רבא:** נכנס לחצר בעל הבית שלא ברשות, והזיק את בעל הבית או בעל הבית הוזק בו - חייב, הזיקו בעל הבית - פטור.

**א"ר פפא:** לא אמרן אלא דלא הוה ידע ביה, אבל הוה ידע ביה, הזיקו בעל הבית – חייב, מ"ט? משום דאמר ליה: נהי דאית לך רשותא לאפוקי, לאזוקי לית לך רשותא.

**ואזדו לטעמייהו:**

**דאמר רבא, ואיתימא רב פפא:** שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, הזיקו זה את זה - חייבין, הוזקו זה בזה - פטורין; טעמא דשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות, דברשות - פטור, שלא ברשות - חייב.

**רבא קובע** כי יש לחייב את הנכנס לחצר או לבית חבירו שלא ברשות במידה והזיק את בעל הבית וכן במידה שבעל הבית נזוק ממנו (לקמן נתייחס לביאור ההבדל בין שני המקרים). כמו כן יש לפטור את בעל הבית במידה והזיק אדם שנכנס אל חצירו או ביתו שלא ברשות.

**רב פפא סייג את הדין האחרון** וביאר שאין לפטור את בעל הבית כשהזיק את הנכנס אלא במציאות שלא ידע בו בעל הבית ולכן הזיק, אבל במידה שידע- חייב, משום שכל מה שהותר לו זה לסלקו אך לא להזיקו.

**הגמרא מדמה את דברי רבא ורב פפא הללו לאמירה אחרת שלהם,**ששנים שהזיקו, ושניהם היו באותו מקום ברשות, או ששניהם היו באותו מקום שלא ברשות, חייבים על מה שהזיקו, אך אם הוזקו זה בזה- אינם חייבים, ובמידה ואחד מהם היה ברשות ואחד מהם היה שלא ברשות, זה שברשות פטור, וזה שאינו ברשות חייב.

**דברי הגמרא אינם ברורים מספיק ונחלקו הראשונים בהבנתם,** ונציין לג' נקודות שעל צירם מוסבת המחלוקת הפרשנית:

- מהו ההבדל בין מציאות שהנכנס הזיק את בעל הבית לבין מציאות שבעל הבית הוזק מהנכנס. שאלת בירור זו חשובה יותר למאמרם השני של רבא ורב פפא שמחייבים שנים שנכנסו ברשות או שלא ברשות על הזיקם, אך פוטרים במידה וחברם הוזק מהם.
- מה כוונת רב פפא באמירתו שיש לחייב את בעל הבית על היזק הנכנס במידה ו'ידע ביה'.
- האם סיוגו של רב פפא לחייב את בעל הבית במציאות שידע, נכונה אף להיפך, כלומר, האם במקרה ש'ידע ביה' בעל הבית, יש לפטור את הנכנס במידה והזיקו.

**שיטת רש"י**

**רש"י ביארשההבדל בין מציאות שהנכנס 'הזיק' למציאות שבעל הבית 'הוזק'**, הוא בין מציאות שהנכנס הזיקו על ידי מעשה בידים, לבין מציאות שבעל הבית הוזק על ידי התקלות בנכנס, וקובע רבא שבשני המקרים יש לחייב את הנכנס ולפטור את בעל הבית.

**כך גם יש לפרש את מאמרם השני של רבא ורב פפא**, ששנים שנכנסו ברשות או שלא ברשות חייבים רק על היזק בידים ופטורים על היתקלות של אחד בשני. אך במידה והאחד הזיק ברשות והשני שלא ברשות, לעולם יש לחייב את זה שאינו ברשות בין על מעשה בידים ובין על הזק של התקלות, ולפטור את זה שברשות בשני המקרים, ממש כדברי אמירתו הראשונה של רב.

**את חילוקו של רב פפא מבאר רש"י כפשטה,** שכל הפטור של בעל בית על היזק הנכנס הוא דווקא כשלא ידע שהנכנס הגיע לחצירו, אך לאחר שידע, דינו של הנכנס כנכנס ברשות וחייב בעל הבית במידה והזיקו בידים.

**על פי ביאור זה עולה שסיוגו של רב פפא יהיה נכון חלקית באופן הפוך**, כלומר: במידה וידע בעל הבית שהנכנס בחצירו והוזק על ידו, יש לפטור את הנכנס במידה והזיק את בעל הבית שלא בידיים, אך אין לפטור את הנכנס על היזק בידיים, **ואכן כך הביא הטור בסימן שעח בשם הרמ"ה**.

**רש"י** (מח: ד"ה 'חייבין') **מעיר על קושי בפירוש זה והוא שבמשנה בב"ק דף לב. נאמר** ששנים שהיו מהלכין ברה"ר והזיקו זה את זה פטורים, ולדעת רש"י לעולם יש לחייב במידה ו'הזיקו'- כלומר, על מעשה בידים.

**על כן ביאר רש"י** שיש לפרש את דברי המשנה בדף לב. שמדובר במקרה ש'הוזקו', כלומר שהמעשה נעשה שלא בידיים, והמשנה לא דקדקה בלשונה.

[על פירושו של רש"י יש לשאול: מהו הציור בו שניהם הוזקו זה בזה, והלא לא יתכן מצב ששני אנשים ניזוקו אחד בשני באופן פסיבי, ועוד שהמשנה עוסקת במפורש במקרה 'שהיו שניהם רצים או כשאחד רץ ואחד הולדוכן הקשה בחוות יאיר בסימן רז]

**שיטת הרמ"ה:**

**הטור בסימן שעח הביא 2 אמירות בשם הרמ"ה:**

**אמירה ראשונה** שכאשר נכנס לחצר חבירו שלא ברשות וידע ממנו חבירו, ו'הוזק' בעל הבית על ידו- פטור הנכנס (עי"ש שהטור הביא זאת בהמשך לחלוקה בין מעשה בידים לשאין מעשה בידים וכרש"י)., **וזאת**

כשיטת רש"י וכפי שהבאנו לעיל שהחלוקה היא בין היזק בידיים להיזק שאינו בידים, וכן שבמידה ובעל הבית ידע מכניסתו של הנכנס, יש להחשיבו כנכנס ברשות.
**אמירה שניה** שבמידה ושנים הזיקו זה את בזה בריצה, שניהם פטורים, משום שיש להחשיב זאת כאילו הוזקו זה בזה.
**כלומר: בניגוד לרש"י סבר הרמ"ה**שכאשר שנים נתקלו זה בזה אף באופן 'אקטיבי', דינם כמי שהוזקו זה בזה ושניהם פטורים. (אך גם לרמ"ה ישנו דוחק, והוא שמה שאמרו רבא ורב פפא ששת :ששניהם ברשות או שניהם שלא ברשות,שהזיקו זה את זה – חייבין, אין הכוונה למציאות שנתקלו זה בזה, אלא למציאות ש'המזיק עשה מעשה שהוזק זה והניזק לא עשה כלום').

**שיטת הרמב"ם:**
**כתב הרמב"ם**(חובל ומזיק ו, ג) :
במה דברים אמורים ברשות הניזק אבל ברשות המזיק אינו חייב לשלם אלא אם הזיק בזדון אבל בשגגה או באונס פטור.
וכן אם היו שניהן ברשות או שניהן שלא ברשות והזיק אחד מהן ממון חבירו שלא בכוונה פטור'.
**מדברי הרמב"ם יוצא לכאורה חידוש גדול**!! - כל החיוב של האדם בהיזק שלא בכוונה הוא ברשות הניזק, אך כל שהזיקו ברשותו, או אפילו במקום שלשניהם יש רשות להיות שם, או שלשניהם אין רשות, אינו חייב אלא על היזק שנעשה בכוונה, ולא על היזק שנעשה שלא בכוונה.
**המגיד משנה והלחם משנה ביארו** שכך ביאר הרמב"ם את הגמרא שלנו, והבין שההבדל בין 'ידע ביה' ל'לא ידע ביה' הוא בין מתכון ללא מתכוון.
**הגר"א**(שעח, יז)**המשיך לבאר** כיצד למד הרמב"ם את הגמרא לפי ביאור זה, ונצטט מהגמרא בתוספות ביאור(בסוגרים) לפי פירושו של הרמב"ם :
ואמר רבא : נכנס לחצר בעל הבית שלא ברשות, והזיק את בעל הבית**(בכוונה)**או בעל הבית הוזק בו**(שהזיקו הנכנס שלא בכוונה)**– חייב.
הזיקו בעל הבית – פטור**(היה ניתן להבין שאף אם הזיקו בעל הבית בכוונה הוא פטור, הואיל ורשאי להכותו ברשותו).**
א"ר פפא : לא אמרן אלא דלא הוה ידע ביה, אבל הוה ידע ביה, הזיקו בעל הבית – חייב, מ"ט? משום דאמר ליה : נהי דאית לך רשותא לאפוקי, לאזוקי לית לך רשותא**(כלומר רב פפא דחה את ההבנה בדברי רבא שיש לפטור את בעל הבית שהזיק את הנכנס בכוונה, משום שאין לו רשות להכות בו אלא רק להוציאו מרשותו, וביאר הגר"א שביאר רב פפא שמה שאמר רבא 'הזיק', הכוונה 'להוזק')**.
ואזדו לטעמייהו :דאמר רבא, ואיתימא רב פפא : שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, הזיקו זה את זה **(בכוונה)** - חייבין, הוזקו זה בזה**(שלא בכוונה)**- פטורין ;
טעמא דשניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, אבל אחד ברשות ואחד שלא ברשות, דברשות – פטור**(כשהזיק שלא בכוונה)**, שלא ברשות – חייב**(אף על פי שההיזק נעשה שלא בכוונה)**.
(כעת נענה על השאלות שהצבנו בתחילה : לדעת רבא החילוק בין 'הזיק ל'הוזק' הוא בין מעשה בכוונה למעשה שלא בכוונה. כמו כן כך גם יש להבין את החילוק בין 'ידע ביה' ו'לא ידע ביה'. לאור זאת פשוט שחילוק בין 'ידע ביה' ו'לא ידע' ביה נכון רק לכוון אחד : כלומר, יש לחייב את בעל הבית על היזק הנכנס כ'שידע ביה', והתכוון להזיקו. אך לא שייך לומר שיש לפטור את הנכנס כשהזיק באופן ש'ידע ביה', שזה פשוט שאם התכוון להזיק חייב).
**אמנם יש לציין כי בעוד מדברי הרמב"ם בפרק ו עולה בבירור** שכל שלא התכוון להזיק פטור מלבד ברשות הניזק.
**מדברי הרמב"ם בפרק א הלכה טז הדברים חדים פחות וזה לשונו:**
המזיק את חבירו בכוונה בכל מקום חייב בחמשה דברים.
ואפילו נכנס לרשות חבירו שלא ברשות **והזיקו בעל הבית חייב,** שאע"פ שיש לו רשות להוציאו אין לו רשות להזיקו, **אבל אם הוזק זה שנכנס בבעל הבית** הרי בעל הבית פטור, ואם הוזק בו בעל הבית,חייב מפני שנכנס שלא ברשות, היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות והוזקו זה בזה שניהם פטורין.
**בהלכה זו הרמב"ם לא כותב במפורש** מהו ההבדל בין מציאות שבעל הבית 'הזיקו' שחייב, לבין מציאות ש'הוזק' שזה נכנס בבעל הבית (אמנם מתחילת ההלכה היה נראה שההבדל הוא בין מתכון לשאינו מתכוון).
**על פי הלכה זו רצה אבן האזל** (וכן כתב הגר"א שהבין הטור ברמב"ם ושהטור כתב לאפוקי משיטתו ע"ש) **לפרש** שהרמב"ם מודה לפירושו של רש"י שהחילוק בין 'הוזק' ל'הזיקו' הוא בין מעשה בידים להתקלות, אך כל זה בהזקי אדם, אמנם בהזקי ממון יש לחלק בין כוונה לשלא בכוונה, ובזה אין לחייב על היזק בשוגג אלא ברשות הניזק.
**וביאר אבן האזל בטעם החילוק**, שבנזקי גופו החיוב באונס נלמד מן הפסוק 'פצע תחת פצע' שאין לחלק בין שוגג למזיד ובין אונס לרצון,ולכן אין לחלק בין רשות הניזק לשאר מקומות, אך החיוב באונס ושוגג כשמזיק בגופו ממון, נובע מכך שהאדם מחוייב לשמור על גופו כשם שהוא מחוייב לשמור על ממונו שלא מזיק (כמבואר בבב"ק ד. 'אדם שמירת גופו עליו) ובזה שייך לחלק ולומר שכל החובה לשמור, זה דווקא ברשות הניזק, אבל כששניהם ברשות או שניהם שלא ברשות אינו לחייבו לשמור על עצמו מלעשות היזק שלא בכוונה.

**החזון איש** (ב"ק ד, ג)**ביאר** שלרמב"ם יש חלוקה בין מעשה היזק בשגגה שנעשה שלא כמנהג העולם, כגון שעלה על גג והפילתו רוח שאינה מצויה, לבין מציאות שנהג כמנהגו של עולם והזיק בשגגה, שבזה אין לו 'שם מזיק' כלל.
**החזון איש הוסיף וביאר** שאין כלל פטור בשגגה באדם המזיק, וכל הפטור הוא משום שאינו בגדר 'מזיק'.
**על פי זה ביאר החזו"א** שכל המקרים בהם משמע שיש לחייב אתהאדם המזיק גם בשוגג כגון קדר שנתקל וכן הנכנס לחנותו של נגר ונתזה לו בקעת (כפי שיבואר בסעיף הבא), אלו מציאויות שהאדם נהג שלא כמנהג העולם.
ובמקרה שנכנס חבירו שלא ברשות פטור אף כשלא נהג כמנהגו של עולם, הואיל והוא נמצא ברשותו שלו, לא היה לו להזהר כלל ושוב אינו נחשב כמזיק.
ובמקרה ששניהם ברשות או ששניהם לא ברשות, יש לפטור רק על שגגה כשנוהג כמנהגו של עולם, אך לא על שגגה שנעשית שלא כמנהגו של עולם.
**וכך ביאר החזו"א את לשון הרמב"ם בפרק ו:**
במה דברים אמורים ברשות הניזק- **(שבזה חייב אף על שוגג כמנהג העולם)** אבל ברשות המזיק אינו חייב לשלם אלא אם הזיק בזדון אבל בשגגה או באונס פטור**(כלומר, יש לפוטרו אף כששגג שלא כמנהג העולם)**, וכן אם היו שניהן ברשות או שניהן שלא ברשות והזיק אחד מהן ממון חבירו שלא בכוונה פטור**(אין כאן השוואה גמורה למזיק ברשות מזיק ולכן לא פטר אלא שלא בכוונה, כלומר- בשוגג כדרך העולם, אבל כששגג שלא בדרך העולם- חייב).**

**לסיכום:**

- **שיטת רש"י:**
  **ברשות מזיק**(אחד ברשות ואחד שלא ברשות) יש לחייב את זה שנכנס שלא ברשות בין כשעשה מעשה בידים ובין כשהזיק על ידי התקלות, ויש לפטור את בעל הבית בין על התקלות ובין על מעשה בידים, אך זאת דווקא כשלא ידע בעל הבית מכניסתו של הנכנס, ואם ידע דינו כשניהם ברשות שיבואר כעת.
  **כאשר שניהם ברשות או ששניהם שלא ברשות**- יש לחייב רק על התקלות ולא על מעשה בידים, לכן במקרה ששנים הזיקו זה את זה, חייבים משום שנעשה מעשה ביידם
- **שיטת הרמ"ה:**
  הרמ"ה מסכים לכל דברי רש"י, אלא שחולק על מקרה ששנים הזיקו זה את זה,
  וסובר שיש לפוטרם הואיל ויש להחשיב זאת כהיזק שלא ע"י מעשה.
- **פשט דברי הרמב"ם** (ע"פ ביאור במ"מ והלח"מ):
  **ברשות מזיק-** אינו חייב על שגגה אלא על היזק בכוונה.
  **שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות-** אף בזה אינו חייב על שגגה אלא על היזק בכוונה.
  **ברשות ניזק-** חייב אף על היזק בשגגה.
- **דברי הרמב"ם ע"פ אבן האזל**:
  **היזק אדם בממון-** כפי העולה מפשטות דברי הרמב"ם אין לחייב על שגגה אלא ברשות ניזק.
  **היזק אדם באדם-** כדברי רש"י שיש לחלק בין מעשה בידים לשאינו בידים, וכן בין מציאות שידע מכך שהנכנס ברשותו או שלא ברשותו כמבואר לעיל.
- **דברי הרמב"ם ע"פ החזו"א:**
  **ברשות מזיק**- פטור המזיק אף בשגגה שלא כדרך העולם.
  **ברשות ניזק-** חייב אף על שגגה שהיא כדרך העולם.
  **שניהם ברשות או ששניהם אינה ברשות-** פטור על שוגג כדרך העולם וחייב על שוגג שאינו כדרך העולם

**השו"ע בסימן שעח סעיף ו פסק כפשטות לשונו של הרמב"ם** שאין לחייב ברשות מזיק על שוגג, ולחייב על כוונה.
**והביא בלשון יש מי שאומר את דעת הרמ"ה** שסובר כרש"י שכל שידע המזיק מכניסתו של הניזק לרשותו חייב על שוגג.
**ובסעיף ז שם פסק** לגבי שניהם ברשות ושניהם שלא ברשות שהחילוק הוא בין מציאות שלא ידעו זה בזה שפטורים, לבין מציאות שראו זה את זה שאע"פ שלא כיוונו חייבים.
וכל דברי השו"ע מבוסס על לשון הטור שם.
**והגר"א (כ) תמה על הטור** שחילוק זה לא הוזכר כלל בגמרא, וכל החילוק בין ידע ולא ידע נאמר בשיטת רש"י ברשותמזיק, כדי להחשיב את הנכנס כמי שנכנס ברשות ע"ש שרצה לשנות הגרסא, שהחילוק הוא בין הוזקו להזיקו וכדעת רש"י.

**ובסימן שלנו פסק השו"ע בסעיף ז כדברי רש"י** שכל הפטור כשהזיק בעל הבית ברשותו הוא רק כשלא ידע שהנכנס נמצא ברשותו.
**ובסעיף ז פסק** שאם היו שניהם ברשות או שלא ברשות והוזקו זה בזה פטורים.
**והוסיף הרמ"א** שאם הזיקו זה את זה בכוונה חיבים. ומשמע שהבין את דברי השו"ע כדברי הרמב"ם.
לשון השו"ע:

**<u>סעיף ז:</u>**
**נכנס לחצר חבירו שלא ברשות, ולא ידע בעל הבית שנכנס, והזיקו בעל הבית שלא בכוונה, פטור. ואם הוזק בו בעל הבית, חייב, כיון שנכנס שלא ברשות. ודוקא כשלא ידע בו ולא ראהו שנכנס, אבל ראהו, פטור, דאיהו דאזיק אנפשיה.**

**<u>סעיף ח:</u>**
**היו שניהם ברשות או שניהם שלא ברשות, והוזקו זה בזה, שניהם פטורים.**
(הזיקו זה את זה בכוונה, שניהם חייבים) (טור ס"ט). (ועיין לעיל סימן שע"ח).

## סעיף ט

### המבקע עצים

### המבקע עצים ברשות אחת והזיק באחרת

**נאמר במשנה בב"ק לב:** שהמבקע עצים ברשות הרבים והזיק ברה"י, או שבקע ברה"י והזיק ברה"ר, או שבקע ברה"י והזיק ברה"י אחר – חייב, **וכן פסק השו"ע.**

### נגר המבקע עצים ברשותו

לשון הגמרא בב"ק לב:

**ת"ר:** הנכנס לחנותו של נגר שלא ברשות, ונתזה בקעת וטפחה על פניו ומת – פטור.
ואם נכנס ברשות - חייב.
מאי חייב?
**א"ר יוסי בר חנינא:** חייב בד' דברים ופטור מגלות...
**רב פפא משמיה דרבא מתני לה ארישא:**
הנכנס לחנותו של נגר שלא ברשות, ונתזה לו בקעת וטפחה לו על פניו ומת - פטור;
**אמר רבי יוסי בר חנינא:** חייב בארבעה דברים ופטור מגלות.
מאן דמתני לה אסיפא - כ"ש ארישא, ומאן דמתני לה ארישא, אבל אסיפא כיון דברשות - חייב גלות...
**רב זביד משמיה דרבא מתני לה אהא:** ומצא - פרט לממציא את עצמו, מכאן א"ר אליעזר בן יעקב: מי שיצתה אבן מתחת ידו, והוציא הלה את ראשו וקיבלה - פטור;
**א"ר יוסי בר חנינא:** פטור מגלות וחייב בארבעה דברים.
מאן דמתני לה אהא - כ"ש אקמייתא, ומאן דמתני לה אקמייתא, אבל אהא פטור לגמרי.
**הגמרא מביאה ברייתא** הפוטרת את הנגר במידה והזיק אדם בהתזת בקעת במידה ואותו אדם נכנס שלא ברשות, ומחייבת במידה והזיקו ברשות.
**הגמרא מביאה ג' לשונות ביחס לדברי ר' יוסי בר' חנינא.**
**האחת (סתמא דגמרא)** מבארת שסבר ר' יוסי בר חנינא שכל העיסוק של הברייתא היא בעניין ד' דברים, אך לעניין גלות לעולם יש לפוטרו, ולפי ביאור זה יוצא שבמידה והזיקו כשנכנס שלא ברשות, יש לפוטרו מד' דברים.
**השניה(רב פפא)** מבארת שסבר ר' יוסי בר' חנינא שכל העיסוק של הברייתא הוא בעניין חיוב גלות במידה ומת אותו אדם, אך לעניין חיוב ד' דברים חייב אף במקרה שהאדם נכנס שלא ברשות.
**השלישית(רב זביד)** מבארת שדברי ר' יוסי בר' חנינא עסקו בכלל במקרה אחר, אך פשוט שבשני המקרים המוסבים לעיל יש לחייבו בד' דברים.
**הרי"ף כתב**(ב"ק טז.) שמסתבר כמי שהעמיד את דברי ר' יוסי בר' חנינא על 'מתני קמייתא' .

**בתחילה הבין הרא"ש** (ב"ק ג, יא)שכוונתו שהלכה כ2 הלשונות הקודמים, ולא כאפשרות השלישית אך לא הכריע בין שני הלשונות וביאר שלא הכריע הרי"ף משום שאין לזה נ"מ אלא לענין גלות (וזהו לכאורה דבר פלא, שהרי פשוט שלפי האפשרות הראשונה אם נכנס שלא ברשות פטור מד' דברין, ולפי האפשרות השניה, אף כשנכנס שלא ברשות הוא חייב בד' דברים וכפי שכתב הרא"ש במפורש בהמשך דבריו כפי שיבואר לקמן).
**הרא"ש עצמו הכריע כלשון הראשונה**, משום שזה נאמר ע"פ סתמא דגמרא ולא כלשון השניה שנאמרה בשם רב פפא
**אך לבסוף כתב הרא"ש שיש בזה נ"מ** בדבר השאלה אם חייב בד' דברים על הנכנס שלא ברשות.
**והסיק הרא"ש שהרי"ף הכריע** כאפשרות השניה שחייב בד' דברים אף על הנכנס שלא ברשות, ע"ש בדבריו. **והביא שכן הכריע הרמ"ה.**
**מדברי הרמב"ם** (חובל א, יז) **עולה** שאף הוא פסק כאפשרות השניה, משום שפסק שבין אם נכנס ברשות ובין שלא ברשות בד' דברים.
**הטור פסק אף הוא כדברי הרי"ף ו'דעימיה'** שהלכה כלשון השניה ולעולם חייב בד' דברים (ונראה שסבר שהרא"ש חזר בו מהכרעתו לאחר שדייק ברי"ף שלא כדבריו), **וכן פסק השו"ע.**
**מכול מקום העיר רש"י** שפשוט שלעולם אינו חייב בבושת הואיל ולא התכוון להזיקו, **וכן כתבו הרמב"ם והטור, וכן פסק השו"ע.**

## האם יש לחייב את הנגר אף במידה ולא ידע על כניסתו של האחר?

**רש"י ביאר** מדוע לפי האפשרות השניה יש לחייב את הנגר אף על הנכנס שלא ברשות, וכתב שזאת משום שהוא ראה שאותו אדם נכנס, ועל כן היה לו לעיין.
**ומשמע מרש"י** שבמידה ולא ראה את הנכנס, אין לחייבו כשנכנס שלא ברשות.
**התוספות** (ד"ה חייב)**הקשו בשם ריב"א** שקשה לומר שמדובר כשראהו, שא"כ היה לנו לחייבו אף בגלות, **ותירצו בשם ריב"א** שיש לפטור אף מגלות, ע"ש שהאריכו בזה.
**אמנם השטמ"ק** (ב"ק לב: ד"ה 'חייב') **הביא בשם הרא"ש בשם הריב"א שסבר שלא כרש"י** ושבאמת יש לחייב אף במידה ולא ראהו, וביאר שאין לדמות זאת למקרה רגיל של 'נכנס שלא ברשות', שבזה אנו פוטרים כשלא ידע מכניסתו כמבואר בסעיף הקודם (ע"פ ביאור רש"י שם), משום שכאן מדובר באומן והיה לו להניח שאנשים נכנסים לביתו מחמת אומנתו.
**הטור הביא את דעת רש"י ואת דעת ריב"א המופיע ברא"ש.**
**הב"י כתב שהמגיד משנה** הביא את ב' הדיעות ולא הכריע.
**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם** שיש לחייב את המבקע על הנכנס אף שלא ברשות, ולא ביאר אם זה דווקא כשידע מכניסתו (ויש להעיר שהרמב"ם לשיטתו [בפשטות] שלעולם אין חילוק בזה בין ידע ללא ידע)
לשון השו"ע:

**המבקע עצים בר"ה, ופרח עץ מהם והזיק ברה"י, או שבקע ברה"י והזיק ברה"י אחר, או שנכנס לחנותו של נגר, בין ברשות בין שלא ברשות, ונתזה בקעת וטפחה לו על פניו, חייב בד' דברים ופטור מהבושת:**

## סעיף י

### הזקי שוגג באדם

לשון השו"ע:

**היתה לו אבן מונחת בחיקו, בין שלא הכיר בה מעולם, בין שהכיר בה ושכחה ועמד ונפלה והזיקה, וכן אם נתכוון לזרוק שנים וזרק ארבעה והזיק, או שהזיק כשהוא ישן, חייב בנזק ופטור מד' דברים.**

כן מתבאר בגמ בב"ק כו:

## סעיף יא

### הנופל מהגג

לשון השו"ע:

**מי שנפל מן הגג ברוח מצויה והזיק, חייב בד' דברים ופטור מהבושת.**
**נפל ברוח שאינה מצויה, חייב בנזק בלבד ופטור מד' דברים** (וע"ל סי' תי"ח סי"ג).
**ואם נתהפך, חייב בכל, אף בבושת, שכל המתכוין להזיק, אף על פי שלא נתכוון לבייש, חייב בבושת.**
עיין לעיל סעיף א.

# סעיף יב

## המזיק את אשתו בתשמיש המטה והאומר לחבירו : 'קטע ידי והפטר'

### המזיק את אשתו בתשמיש המטה

לשון הגמרא בב"ק לב:

**בעא מיניה רבה בר נתן מרב הונא:** המזיק את אשתו בתשמיש המטה, מהו?

כיון דברשות קעביד – פטור. או דלמא איבעי ליה לעיוני?

**א"ל,** תניתוה: שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך.

**אמר רבא,** ק"ו: ומה יער, שזה לרשותו נכנס וזה לרשותו נכנס, נעשה כמי שנכנס לרשות חבירו וחייב, זה שלרשות חבירו נכנס לא כל שכן!

**אלא הא קתני:** שלזה רשות להלך ולזה רשות להלך!

התם תרוייהו כהדדי נינהו, הכא איהו קעביד מעשה. והיא לא?

והכתיב: "ונכרתו הנפשות העושות מקרב עמם" (ויקרא יח)! הנאה לתרוייהו אית להו, איהו מעשה הוא דקעביד.

**הגמרא הסתפקה**אם יש לחיב את הבעל על ההזק שהזיק את אשתו בתשמיש המיטה, ונראה שהמסקנה היא שיש לחייבו משום שהוא עשה מעשה והיא לא עשתה מעשה ואין זה דומה לשנים שהזיקו זה את זה בהליכה.

**הטור כתב** שחייב הבעל בד' דברים.

**אמנם ברמב"ם**(חובל ד, יז)**משמע** שאין לחייבו אלא בנזק.

**השו"ע העתיק את לשון הרמב"ם.**

**הסמ"ע (כ) פירש** שאף השו"ע התכוון לחייב בכל ד' דברים (ומן הסתם כך מבאר גם ברמב"ם).

לשון השו"ע:

**המזיק לאשתו בתשמיש המטה, חייב בנזקיה.**

### האומר לחבירו: סמא עיני, קטע ידי, שבר את רגלי

לשון המשנה בב"ק צב.

האומר סמא את עיני, קטע את ידי, שבר את רגלי – חייב,

ע"מ לפטור – חייב.

קרע את כסותי, שבר את כדי – חייב, ע"מ לפטור – פטור.

ובגמרא בדף צג.

**א"ל רב אסי בר חמא לרבא:** מאי שנא רישא ומאי שנא סיפא?

**אמר ליה:** רישא, לפי שאין אדם מוחל על ראשי אברים.

**א"ל:** וכי אדם מוחל על צערו?

**דתניא:** הכני, פצעני, על מנת לפטור – פטור!

**אישתיק.**

**אמר:** מידי שמיע לך בהא?

**אמר ליה, הכי אמר רב ששת:** משום פגם משפחה.

**איתמר, ר' אושעיא אמר:** משום פגם משפחה;

**רבא אמר:** משום שאין אדם מוחל על ראשי אברים שלו.

**רבי יוחנן אמר:** יש הן שהוא כלאו, ויש לאו שהוא כהן.

**תניא נמי הכי:** הכני, פצעני, על מנת לפטור? ואמר לו הן? הרי יש הן שהוא כלאו. קרע את כסותי, על מנת לפטור? ואמר לו לאו? הרי לאו שהוא כהן.

**המשנה דנה** באדם האומר לחבירו להזיקו בגופו ובממונו, וקובעת שאם אמר לו לחבול בגופו כגון לסמא עינו או לקטוע ידו וכדו' ועשה כן חבירו- חבירו חייב, וזאת אע"פ שאמר לו במפורש על מנת לפטור, ולעומת זאת כשאומר לו להזיקו בממונו כגון 'קרע כסותי', יש לחייבו רק במידה ולא אמר חבירו במפורש על מנת לפטור.
**רב אסי שאל את רבא** לפשר החילוק בין המקרים.
**והשיב לו רבא** שהמקרה הראשון עסוק בחבלת ראשי אברים ובזה אין האדם מוחל לעולם.
**רב אסי לא מקבל תירוץ זה שהרי בברייתא מבואר** שאם התיר לו להכותו ואמר במפורש 'על מנת לפטור' הוא פטור, והתקשה רב אסי: 'כי על צער הוא מוחל'.
**ואמר רב אסי ששמע בשם רב ששת,** שהסיבה שאינו פטור כשסימא עינו וכיוצא בזה הוא משום פגם משפחה.
**רבא חוזר ואומר** שהטעם הוא משום שאין אדם מוחל על ראשי אברים, **ומבאר רש"י** שסובר רבא שיש לחלק בין ראשי אברים לסתם צער.
**הגמרא ממשיכה ומביאה את דברי ר' יוחנן האומר** שיש מציאות בו האדם משיב 'הן' על השאלה: 'על מנת לפטור, וכוונתו ללאו, ויש שכוונתו להן, ובברייתא מבואר שהחילוק הוא בין מציאות שהדיון הוא על הכאת הגוף שבזה 'הן' כוונתו ל'לאו' לבין דיון על ממון שבזה כוונתו ל'הן'.

**מדברי רש"י תוספות והרא"ש עולה שר' יוחנן בא לומר חילוק נוסף להבדל בין תחילת דברי המשנה לסופה, אלא שנחלקו בהבנת חילוק זה:**

**רש"י סבר** שר' יוחנן מבאר שאין כלל הבדל בין נזקי גופו לנזקי ממונו, וכל המשנה עסקה במציאות שהמזיק שאל את הניזק, האם בכוונתו לפוטרו במידה ויזיקו, וחילקה המשנה בין אמירת הן בלשון 'ניחותא', שבזה בכוונתו לפוטרו, לבין אמירת הן בלשון תמיהה, שבזה אין בכוונתו לפוטרו, הגמרא מביאה ראיה לר' יוחנן מברייתא ושם לכאורה ישנה חלוקה בין הכאה להזיק ממון, אלא שמבאר רש"י שאין הבדל בינהם. והסיבה שבתחילה עסקה המשנה בהכאת ולבסוף בהזקי הממון, היא משום שדרך העולם למחול על נזקי ממון ולא למחול על נזקי הגוף.
**לעומתו סברו תוספות** (ב"ק צג. ד"ה 'ורבי יוחנן') **והרא"ש** (ב"ק ח, יח)שאף ר' יוחנן מודה שיש חילוק בין הכאה להיזק ממון, ולדעתו כאשר משיב הניזק 'הן' לגבי הזקי גוף, אף שנראה שאומר כן בלשון 'ניחותא' כוונתו ללשון תמיהה ואין בכוונתו לפוטרו, וכאשר משיב 'הן' כשנראה שאומר כן בלשון 'ניחותא' על היזק ממון אכן בכוונתו לפוטרו.
**בין לפי ביאור רש"י ובין לפי ביאורם של תוספות והרא"ש** עולה לכאורה שר' יוחנן אינו מקבל את דברי רבא, ולדעתו אין כלל חילוק בין ראשי אברים לשאר חבלה: **לדברי רש"י** החילוק הוא באיזה לשון אומר 'הן', ולדברי תוספות והרא"ש כל שאומר 'הן' בהכאות הגוף יש לחייבו, ובממון אין לחייבו.
**מדברי הטור מתבאר בשיטת הרא"ש** שאם יאמר במפורש הניזק שהוא מתכוון לפוטרו זה יועיל אף במקרה של ראשי אברים (ויוצא לכאורה שלשיטתם החילוק בין המשנה המחייבת בראשי אברים אף ב'על מנת לפטור', ובין הברייתא הפוטרת כשאמר 'הכני פצעני על מנת לפטור', אינה בין ראשי אברים להכאה, אלא בין אמירה מפורשת להשבת 'הן', ודוק)
**הרי"ף** (ב"ק לג.) **הביא את דברי ר' יוחנן,** והסיק הרא"ש מכאן שכך נפסק להלכה.
דברי הרמב"ם בעניין זה צריכים ביאור:
**הרמב"ם** (חובל ה, יא) **פסק** שאין מחילה כל ראשי אברים וכדעת רש"י, ולא הביא כלל את דברי ר' יוחנן.
**הפרשנים** (מ"מ, אבן האזל)**סירבו לקבל שהרמב"ם פסק כנגד ר' יוחנן** (ובאבן האזל מבואר שזאת משום שהגמרא הביאה ברייתא המסייעת לו),ועל כן נדרשו לביאור שיטתו:
**המגיד משנה ביאר** שהרמב"ם פירש את דברי ר' יוחנן כרש"י שהחילוק בין 'הן' ל'לאו' אינו קשור כלל לחלוקה בין הזקי גוף להזקי ממון. אך בניגוד לרש"י סבר הרמב"ם שדברי ר' יוחנן נאמרו כאמירה עצמאית ולא באו לחלוק על ביאור של רבא למשנה לחילוק בין ראשי אברים לשאר דברים, והסיבה שהרמב"ם לא הביא כלל את דברי ר' יוחנן היא משום שזה פשוט שכל שאמר 'הן' בלשון תמיה, אין החובל נפטר.
**אבן האזל ביאר** שלדעת הרמב"ם ר' יוחנן בא כהמשך לדברי רבא, שהסיבה שיש לפטור כשאמר ע"מ לפטור בראשי אברים, אינה משום שאינו יכול למחול על ראשי אברים, אלא שאנו מניחים שלא התכון לכך, וסבר ר' יוחנן שהוא הדין אף בסתם הכאה, ואף שהרמב"ם לא הזכיר שבסתם הכאה לא מועיל על מנת לפטור, יש ללמוד כן מסוף דבריו שכתב שמועיל 'על מנת לפטור ' בקרע כסותי' משמע שבהזקי הגוף אין זה מועיל (עיין בדברין שביסס שיטתו על פירוש הרמב"ם למשנה [ב"ק ח, ז] ועל ביאור המאירי לסוגייתנו שביאר: 'יש לאו שהוא כ'הן', דווקא במציאות שאמר במפורש ואתחייב אני לך, ובזה יועיל לשיטת הרמב"ם אף בראשי אברים, עיין ודוק].
**הנפקא מינא העיקרית בין שיטת אבן האזל לשיטת המ"מ היא**: שלדעת המ"מ תועיל אמירת 'על מנת לפטור' בשאר הכאה, משום שלא נאמרו דברי רבא אלא לעניין ראשי אברים, ולשיטת אבן האזל אף בשאר הכאה לא תועיל אמירת 'על מנת לפטור'.

**השו"ע סתם כלשון הרמב"ם** שאם אמר קטע את ידי או סמא את עיני על מנת שאתה פטור חייב (הסמ"ע (כא) ביאר שזה דוקא בראשי אברים ולא בשאר הכאה, וזה כפירוש המ"מ וביארנו שלדעת אבן האזל הוא הדין בשאר הכאה).

**והרמ"א הוסיף כדברי הרא"ש ותוספות** שאם אמר לו בפירוש 'על מנת לפטור' פטור, ורק כשהשיב לו הן על שאלתו, אז אנו פוטרים משום להניח שהתכוון לומר כן בתמיה.

המשך לשון השו"ע:

**האומר לחבירו: קטע את ידי, או: סמא את עיני על מנת שאתה פטור, הרי זה חייב בחמשה דברים, שהדבר ידוע שאין אדם רוצה בכך:**

הגה: וי"א דאם א"ל בפירוש: ע"מ לפטור, פטור, אלא שאם לא א"ל בפירוש, רק דברים שמשמען כך, אנו דנין דבריו שלא פטרו, כגון שא"ל: קטע ידי, או: סמא עיני, וא"ל המזיק: על מנת לפטור, וא"ל הניזק: הן, אנו דנין שבתמיה קאמר הן, וחייב המזיק (טור סי"ח בשם הרא"ש):

## סעיף יג

**שנים שחבלו זה בזה (ומתי מותר להכות את חבירו בכדי להפרישו מאיסור)**

לשון המשנה בב"ק לג.

שני שוורין תמין שחבלו זה את זה - משלמין במותר חצי נזק; שניהן מועדין - משלמין במותר נזק שלם....

וכן שני אנשים שחבלו זה בזה - משלמין במותר נזק שלם.

**מבואר במשנה** שאם שני אנשים חבלו זה בזה, יש לחייב את זה שהזיק יותר מחבירו בהפרש.

**הרא"ש** (ב"ק ג, יג)**סייג דין זה**(הן לגבי בהמה והם לגבי אדם) וכך כתב:

ונראה לי דמיירי שהתחילו בבת אחת. או חבל השני גם בראשון לאחר זמן.
אבל אם האחד התחיל- המתחיל משלם חצי נזק והשני פטור. דכל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור. והוה ליה כמו בעטה מהלכת ברבוצה דפטור לר"ל. ואפילו לרבא לא מחייב אלא משום דנהי דאית לך רשותא לסגויי עלי לבעוטי בי לית לך רשותא. אבל הכא יש רשות לשני לחבול בראשון כיון שהתחיל בו.דאפילו באדם אית ליה רשות לשני.
וכן שני אנשים נמי מיירי שהתחילו כאחת או אחר זמן אבל אם התחיל האחד השני פטור. ואף על גב דלא שייך באדם כל המשנה ובא אחר ושינה בו פטור דהא אפי' על עסקי ממון אמרי' לעיל (דף כז ב) מאה פנדי בפנדא דמרא למחייה. וה"נ אוקימנא לעיל (דף כח א) וקצותה את כפה ביכולה להציל ע"י דבר אחר אבל אם אין יכולה פטורה כיון שהתחיל להכות את בעלה כל שכן שהמוכה עצמו פטור.
ומיהו צריך לומר דאם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה חייב. מידי דהוה איכול להציל באחד מאיבריו והרגו (סנהדרין דף עד א) אבל בשוורים לא אמרינן הכי אלא השני פטור כל מה שחבל בראשון.
וכן הדין אם אדם רואה שמכין את אביו או בניו או אחיו והכה את המכה כדי להציל קרובו פטור כמו אשה המצלת את בעלה אם אינה יכולה להציל על ידי דבר אחר.
וכן אם רואה אדם שישראל מכה את חבירו ואין יכול להציל אם לא שיכה את המכה אף על פי שאין מכהו מכת נפש מותר להכות המכה לאפרושי מאיסורא. כדאמרינן לעיל (דף כח א) בנרצע שנשא שפחה כנענית וכלו ימיו שרבו מותר לחבול בו לאפרושי מאיסורא:

**הרא"ש מחדש 2 דינים שנפסקו בסעיף זה:**

א. אם זה שנחבל יותר הוא זה שהתחיל, והשני חבל בו בכדי להגן על עצמו פטור, ובלבד שלא יכל להגן על עצמו באופן אחר.

ב. כל מי שחובל על מנת להפריש את חבירו מלהכות באחר, אינו חייב לשלם על ההיזק, משום שרשאי אדם להפריש חבירו מהאיסור אף על ידי הכאה (ועיין לעיל בסעיף ז בדעת הרמב"ם בזה).

**הסמ"ע (כד) סבר** שכל מה שכתב הרא"ש שאם חבל בחבירו בכדי להגן על עצמו פטור רק במידה ולא יכל להציל עצמו באופן אחר, זה במידה ולא הזיקו מיד, אבל אם הזיקו מיד פטור משום שהוא עדיין ב'חימום' ובכעס על חבירו, וכשם שבשני שוורים כך הדין, אמנם בפרישה הציע לחלק בין שוורים לאדם אך דחה זאת.

**דברי הסמ"ע מתחברים לכאורה לפסק הרמ"א** שפסק שכשאחד בייש את חבירו והוא החזיר בביושו, הוא פטור, **ומקורו במהר"י וייל**(כח) **בשם מהר"ח אור זרוע בשם האור זרוע**.

**אך המעיין שם יראהשאדרבה המהר"ח אור זרוע הביא את דברי הרא"ש כסותרים לכאורה לדבריו** ויישב שהרא"ש חייב את השני משום שוגג ולא משום מזיד (ועל כן אינו חייב על הבושת, ומשמע שעל שאר חיובים חייב).

**אבן האזל**(נזקי ממון ט, יד)**האריך להקשות על הסמ"עוהביא שמבואר במרדכי** (ב"ק סימן קצו) היפך דברי הסמ"ע ושם גם מבואר שהפטור כאשר יחם לבבו נובע מתקנת הקהילות ולא מן הדין, וזה לשון המרדכי:

ושכתבת שיש שפוטרין את רבי יואל לפי שאין אדם נתפש על צערו כיון דבשעת חימום הוה שאותו קם עליו והעמידו בערכאות של כותים נהפך גם הוא לתנין לעשות לכשנגדו כאשר זמם לו...ודאי כל כה"ג לא פטרו אותו הקהלות אלא מן הקנס שלא לנדותו או להלקותו על המסירה שמסר את חבירו כי יחם לבבו אבל מלשלם ההפסד שהפסיד לחבירו דבר פשוט הוא שלא פטרו כי לא באו להפקיע ממון להקל על דברי התלמוד וכיון דתנא שני אנשים שחבלו זה בזה משלמין במותר נזק שלם אין לפוטרו מן הממון אף מה שהפסיד במסירתו את חבירו קודם שנשמט הוא ונפטר מן הכותי..

**אמנם החוות יאיר**(סה) **מביא לכאורה מרדכי**(ב"ק נה) **הסותר למרדכי הנ"ל** ושם משמע שפטור הקהילות מועיל אף למסור, ומשמע שמועיל פטור זה אף לחיוב שהוא מן הדין.

**ויישב החוות יאיר** שבמידה והאדם נחבל בגופו, תקנו אפילו להפקיע מן הש"ס (אלא שהכל תלוי במנהג כמבואר במרדכי בב"ק נה) אך במידה ורק ביישו חבירו אין להתיר להזיקו עי"ש. (ולפי ביאור זה 'אזלא' ראייתו של אבן האזל ומכול מקום נראה שברור שאף אם שייך הפטור אינו מדינא דש"ס ולא כפי שמשמע בסמ"ע).

## הטוען שקראו ממזר משום שחבירו קרא לו כך קודם

**הבאנו לעיל שפסק הרמ"א בעקבות המהר"י וייל** שאם אדם בייש חבירו בעקבות שחבירו ביישו הוא פטור.

**הסמ"ע (כו) הביא את דברי המהר"ם מריזבורק** (דיני בשת ד"ה דין ראובן הפשיע)**שפסק** שאם טוען אדם שקרא לחבירו ממזר משום שבתחילה חבירו לחש לו באזנו שהוא ממזריש להאמינו משום שזו אומדנא דמוכח שזו הסיבה לכך שפתאום קרא לו ממזר.

## המתחיל בגידופים הוא זה שפורע את הקנס

**כתב בהגהות מרדכי**(קידושין תקנד) שהמתחיל בגידופין, פורע הקנס לבדו (וכוונתו לקנס המבייש בדברים, הואיל ומדינא אינו חייב כמבואר לעיל סימן תכ סעיף לח בעמוד 415) **וכן פסק הרמ"א.**

## המכה אשה שהתערבה במריבה

**כתב מהר"י וייל**(כח):

ועל מה שתבע שמעון מראובן, איך שהכה אשתו, וראובן השיב: לאחר שהכה אותו שמעון, באתה אשתו של שמעון והחזיקה בזרועותיו, ולאחר שנתק זרועותיו ממנה, הכה אותה הכאה אחת, כדי שלא תחזיק בו עוד. אעפ"י שראובן לאו שפיר עביד שהכה אותה, מ"מ לא נחמיר עליו לדון אותו כדין המורדים והפושעים...גם לא היה ניכר, לא מתוך מחשבתו ולא מתוך מעשיו, שהיתה כוונתו להכות את בעלה, ואפ"ה החזיקה בו, ודאי היה סבור שהיתה כוונתה לסייע לבעלה. וגם היה בהול על שמעון, שמא יכה אותו יותר, כיון שעדיין העץ היה בידו.. ומתוך זה היה חם לבבו והכה אותה

**הרמ"א הביא דבריו בקצרה**: 'ראובן שהכה לשמעון, וחזר שמעון ובא להכותו לראובן, ובאתה אשתו של ראובן והחזיקה בשמעון, והוא נתק ידיו והכה אותה, פטור'. ויש להבין דבריו מתוך התשובה (על אף שמהניסוח של הרמ"א משמע שאכן שמעון התכוון לחבול בראובן וזה כנגד המבואר בתשובה וצ"ע ועיין בד"מ שנקט בלשון זה אך הוסיף ששמעון לא פשע כנגד בעלה, ונראה שכאן קיצר ולא דק בלשונו).

## מתי מותר לאדם להפריש את חבירו מאיסור ע"י הכאה?

**הבאנו לעיל את דברי הרא"ש שכתב** שרשאי אדם להכות חבירו כשרואה שמכים את אביו או בניו או אחיו. עוד כתב הרא"ש שהוא הדין שרואה שמכה שאר אדם מישראל.

**הסמ"ע (כח) נדרש לכפילות הדברים וביאר**שעל קרובו יכול להכות אף שלא מטעם שרוצה להפרישו מהאיסור אלא משום שרוצה להציל קרובו, ואילו לגבי שאר האדם ההיתר להכות הוא רק בכדי להפרישו מהאיסור.

**הסמ"ע מבאר שהנפקא מינא היא** היא שאין היתר להכות לצורך הפרשה מהאיסור אלא באדם שרגיל בכך, אך אם כמה פעמים רואה שמכה אחד לחבירו ואינו חושש להפרישו מהאיסור, הוא אינו רשאי להכותו מפני שודאי מכהו מכוח השנאה, וכשמכה קרוביו רשאי להכות אף כשאינו רגיל להפריש מהאיסור.

**הט"ז השיג על הסמ"ע** וכתב שאין סברא לומר שאם מכה מחמת שנאה שהדבר יהיה אסור שהרי סוף כל סוף הוא רשאי להכות בכדי להציל את חבירו, ואין הדבר תלוי בכוונת הלב.

**על כן ביאר הט"ז את החילוק בין מציאות שמכה קרוביו למציאות שמכה חבירו באופן אחר,** שכאשר מכה אדם שאר אדם והכהו, יש לפוטרו רק במידה שיוכל לברר שלא יכל להציל את אותו אדם באופן אחר, אך כשמציל את קרובו אין מדקדקים בזה. וביאר הט"ז שדווקא בעניין ממון אינו רשאי להכות כשיכל להציל באופן אחר וכפי שנפסק בסימן ד, אבל כאשר מציל את עצמו או את קרוביו ראשי להכות אפילו ב'ספק הצלה'.

## המחזיר לחבירו שביישו בהכאה אם נקרא רשע?

**הפת"ש (ג) הביא את דברי המהרש"ל** (ים של שלמה ב"ק ח, מב)**שכתב** שאם 'אחד חירף את חבירו בשם רע וחזר זה והכהו, אף שעבר בלאו וצריך כפרה, מ"מ אין עליו דין רשע כלל אלא אמרינן ליביה רתח ואין אדם עומד על צערו... ואינו משלם אלא נזק וצער וריפוי ושבת(ולא בושת), והמוציא שם רע, נהי שפטור מהבושת שהרי קיבל דינו, מכל מקום צריך להתודות ולומר ברבים ששקר דיבר ומבקש מחילה, וכן פסק השבות יעקב (א, קעט).

לשון השו"ע:

**שנים שחבלו זה בזה, אם חבל האחר בחבירו יותר ממה שחבל בו הוא, משלם לו במותר נזק שלם, ודוקא שהתחילו שניהם כאחד, או לאחר שחבל בחבירו חזר גם הוא מיד וחבל בו.**

**אבל אם התחיל האחד, השני פטור, שיש לו רשות לשני לחבול בו כדי להציל עצמו.**

וכן הוא לענין גידופים וביושים, המתחיל פורע הקנס (הגהות מרדכי דקידושין).

ראובן שהכה לשמעון, וחזר שמעון ובא להכותו לראובן, ובאתה אשתו של ראובן והחזיקה בשמעון, והוא נתק ידיו והכה אותה, פטור (מהרי"ו סימן כ"ח). (וע"ל סוף סימן תכ"ד איש ואשה שחבלו זה בזה).

**ומיהו צריך אומד אם היה יכול להציל עצמו בחבלה מועטת וחבל בו הרבה, חייב.**

(ודוקא לענין חבלה שמשלם לו ד' דברים, דהוי כאדם המזיק בשוגג. אבל פטור על הבושת, דהא לא כיון לבייש.

ולכן המכה חבירו, וחבירו קראו ממזר, פטור, שנאמר: והיה כי יחם לבבו וגו' (דברים יט, ו).

וכן אם אחד קרא לחבירו גנב, והוא אומר לו: אתה מכזב כממזר, או קראו ממזר, פטור מהאי טעמא) (מהרי"ו סימן כ"ח וסימן ס').

**וכן הדין באדם הרואה אחד מישראל מכה חבירו, ואינו יכול להצילו אם לא שיכה המכה, יכול להכותו, כדי לאפרושי מאיסורא.**

הגה: וכן מי שהוא תחת רשותו, ורואה בו שהוא עושה דבר עבירה, רשאי להכותו ולייסרו כדי להפרישו מאיסור, ואין צריך להביאו לבית דין (ת"ה סי' י"ח /רי"ח/).

## סעיף יד

### שנים שחבלו באחד כאחד

לשון השו"ע:

**שנים שחבלו באחד כאחד, שניהם חייבים, ומשלשים ביניהם. היה א' מתכוין והשני לא כיון, השני פטור מבושת.**

מקור דין זה ברמב"ם בהלכות חובל פרק א הלכה יג.

# סימן תכו
## חייב אדם להציל את חבירו בין בגופו בין בממונוובו סעיף אחד
## סעיף א

לשון הגמרא בסנהדרין עג.

**גופא**: מנין לרואה את חברו שהוא טובע בנהר או חיה גוררתו או לסטין באין עליו שהוא חייב להצילו, תלמוד לומר:"לא תעמד על דם רעך".

והא מהכא נפקא?

מהתם נפקא: אבדת גופו מניין - תלמוד לומר והשבתו לו!

אי מהתם הוה אמינא: הני מילי - בנפשיה.

אבל מיטרח ומיגר אגורי - אימא לא, קא משמע לן.

**מגמרא זו עולה** שמחוייב אדם להציל את חבירו, ולא רק בגופו, אלא גם אם יש צורך להוציא ממון לצורך הצלה זו.

**וכתב הרא"ש**(סנהדרין ח, ב): 'והניצול חייב לפרוע למציל מה שהוציא, דאין אדם מחויב להציל נפש חבירו בממונו היכא דאית ליה ממונא לניצול.

**השו"ע פסק כדברי הגמרא** שחייב אדם להציל חבירו הן בגופו והן בממונו, וכל מי שלא עושה כן, עובר על 'לא תעבור על דם רעך'.

**הסמ"ע (א) ציין לדברי הרא"ש** שחייב חבירו להשיב לו את מה שהוציא ותמה על השו"ע והרמ"א שלא הזכירו זאת.

### החובה לדאוג להריגתו של רוצח

**הפת"ש (א) הביא את דברי הצמחצדק**(קיא) **שכתב**שבמידה ונהרג אדם וידוע מי רוצח יש לכוף את קרובי הנרצח שירדפו אחריו להעמידו בדין, 'כי מצוה מוטלת על גואל הדם להמית הרוצח, ואם אין הוא עצמו יכול להמיתו אם לא ע"י אחר ע"י הוצאת ממון, צריך להוציא ממונו על זה ככל מצות עשה שבתורה', וביאר שאין שיעור לקירבת גואל הדם ו'כל שאין קרוב יותר ממנו והוא ממשפחת אביו שראוי ליורשו, הוא נחשב כגואל הדם, אך כתב שאין לחייבו להוציא יותר מהרגילות. ומכול מקום נכון שהקהל יוציא במידה ויש צורך יותר מהרגילות 'כדי לגדור הפרצה, שאם ח"ו לא יהיו נוקמין מן הרוצח יהיה דמן של בני ברית ח"ו כהפקר', וכתב שכן נהגו במקומותם הלכה למעשה.

### אם צריך להכנס לספק סכנה בשביל להציל את חבירו

**הב"י הביא את דברי ההגהות מימוניות**(קושטא רוצח א, יד)**שכתבו** שחייב לאדם להכנס לספק נפשות בכדי להציל את חבירו, וכתבו שכך מבואר בירושלמי.

**הנצי"ב**(העמק שאילה קמז)**ביאר** שכוונתם לירושלמי בתרומות פרק ח הלכה ד (דף מו טור ב):

רבי איסי איתציד בספסופה

אמר רבי יונתן יכרך המת בסדינו

אמר רבי שמעון בן לקיש עד דאנא קטיל ואנא מיתקטיל אנא איזיל ומשיזיב ליה בחיילא.

**הירושלמי מספר על רבי איסי** שנתפס על ידי גזלנים, וסבר ר' יונתן שסופו אבוד ויש להכין תכריכיו, ולעומתו ריש לקיש הלך להצילו ועל פי ביאורו של הפני משה אמר ר"ל: או אני אהרוג או אני אהרג אלך ואצילו בכוח.

**כלומר ר"ל סבר** שיש לו להכנס לספק סכנה בכדי להציל את חבירו.

אמנם יש להעיר שנראה שר' יונתן לא סבר כך ולכן לא הלך להצילו (על אף שניתן לדחות בפשטות שדווקא לר"ל היה סיכוי להצילו הואיל והיה בעברו ראש השודדים ומלומד בכך, וכעת לא מצאתי מי שכתב כן).

השו"ע והרמ"א לא הביאו את דברי ההגהות מיימוניות הללו.

**וכתב הסמ"ע (ב)** שנראה שזאת משום שהרי"ף והרא"ש והרמב"ם לא הביאוהו בפסקיהם.

אחרונים רבים סברו שאכן רוב הראשונים חלוקים על ההגהות מיימוניות בזה: יש שסברו שלהלכה אסור לאדם להכנס לספק סכנה בכדי להציל חבירו, ויש שסברו שאינו מחוייב אך רשאי:

**הפת"ש (ב) הביא שהאגודת אזוב**(דרוש א לאלול) **כתב שהראשונים לא הביאו כן משום שהבבלי חולק** וכוונתו לגמרא בנדה (סא.) שם מסופר שיצא שם על בני גליל שהרגו נפש, ובאו לבקש מר' טרפון שישמרם, ואמר ר' טרפון שאמנם אין לקבל שמועה רעה על אדם, אבל יש לחוש לה, ולכן הורה להם לשמור על עצמם.

ובשאילתות (קכט) מבואר שר' טרפון לא שמר עליהם מחשש סכנה, ומשמע שאין לו להכנס לסכנה בשביל להציל את חבירו (אמנם היה מקום לומר להיפך שמוכח שהיה לו להצילם ללא הטעם שיש לחוש שאכן ראויים הם להרג אח"כ מצאתי כן בנצי"ב (בעמק שאלה קכט ס"ק ד) שהביא ראיה מכאן לכך שחייב, אלא שהסיק לבסוף שזאת ממידת חסידות עי"ש).

**ובסוף הספר בהשמטות הביא האגודת אזוב את דברי הרדב"ז**(ג, תרכז)**שכתב**שאין להציל את חבירו וספקו עדיף על ודאי של חבירו, ומשמע שאף לא נכון לעשות כן שכתב שהרי זה חסיד שוטה.
**והוסיף על דבריו האגודת אזוב:**'אולם צריך לשקול הענין היטב אם יש בו ספק סכנה ולא לדקדק ביותר, כאותה שאמרו סוף פרק אלו מציאות (לג.'שכל המדקדק בעצמו כך סוף בא לידי כך' (עיין לעיל סימן רסד סעיף א).
**יש לציין שבניגוד לתשובה זו כתב הרדב"ז בתשובה אחרת**(ה, ריח)שיש לחלק בין סוגי הספק השונם, ובמידה והספק נוטה להצלה מחוייב להצילו, ובמידה והספק מוכרע או שיותר מסתבר שיהרג אינו חייב להציל חבירו 'דמאי חזית דדמא דידך סומך טפי'.
**הערוך לנר** (סנהדרין עג. ד"ה 'בגמרא והא מהכא') **סבר** שמהגמרא שלפנינו עולה שאין חיוב להציל עצמו במקום פיקוח נפש, שהרי שאלה הגמרא מדוע יש צורך ללימוד מיוחד של 'לא תעמוד על דם רעך', והרי כבר למדנו זאת מ'והשבתו לו', והשיבה הגמרא שהחידוש שצריך גם להוציא ממון לצורך הצלה, ומכך שלא ענתה הגמרא שהחידוש הוא שלצורך הצלת נפש צריך לסכן נפשו משמע שאינו צריך.
**האגרות משה**(יו"ד ב, קעד)**כתב בפשיטות** שאין אדם צריך לסכן עצמו לצורך חבירוף שהרי האיסור של 'לא תעמוד על דם ריעך' הינו לאו ככל הלאוין, ואינו צריך להיהרג עליו, אך הסיק שמכול מקום אינו דומה לשאר ה'לאוין' שלגביהם אף אסור לו להיהרג בכדי לו לעבור עליהם, אלא מותר לו לאדם לסכן עצמו לצורך הצלת חבירו, משום שעל כל פנים תנצל נפש אחת מישראל, עי"ש שהאריך בזה.
(עיין בדברי הנצי"ב [שאילתות קמז] שהאריך בסוגיא זו)
לשון השו"ע:

**הרואה את חבירו טובע בים, או לסטים באין עליו, או חיה רעה באה עליו, ויכול להצילו הוא בעצמו או שישכור אחרים להציל, ולא הציל; או ששמע עובדי כוכבים או מוסרים מחשבים עליו רעה או טומנים לו פח ולא גילה אוזן חבירו והודיעו; או שידע בעובד כוכבים או באנס שהוא בא על חבירו, ויכול לפייסו בגלל חבירו ולהסיר מה שבלבו ולא פייסו, וכיוצא בדברים אלו, עובר על "לא תעמוד על דם רעך"**(ויקרא יט, טז):